

Heinz Gerd Beule

Die Stellung Geschäftsunfähiger
und beschränkt Geschäftsfähiger
im Rechtsverkehr mit Kreditinstituten
unter besonderer Berücksichtigung
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
der Kreditinstitute

1967

Die Stellung Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger im Rechtsverkehr mit Kreditinstituten unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Heinz Gerd Beule
aus Münster i. W.

1967



Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Dr. Lukes

Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Heldrich

Dekan : Prof. Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 25. November 1967

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	5
Abkürzungen	14
Erstes Kapitel: Einleitung	16
I. Aufgabenstellung	16
II. Methode der Arbeit	19
Zweites Kapitel: Die Entstehung des § 23 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Kreditgenossenschaften und des § 3 Abs. II der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen	20
I. Die gesetzliche Regelung des Mangels in der Geschäftsfähigkeit in den §§ 104 ff. BGB	20
1. Das Prinzip der Privatautonomie und Mängel in der Geschäftsfähigkeit	21
a. Geschäftsunfähigkeit	21
b. Beschränkte Geschäftsfähigkeit	23
c. Mängel in der Geschäftsfähigkeit eines Vertreters	24
2. Das Prinzip des Vertrauensschutzes und die allgemeine gesetzliche Regelung bei Mängeln in der Geschäftsfähigkeit in rechtsgeschicht- licher und rechtsvergleichender Sicht	25
II. Versuche in Literatur und Rechtsprechung, die strenge Regelung des BGB zu mildern	31
1. lucida intervalla	32
2. partielle Geschäftsunfähigkeit	34
3. Saldotheorie	35
4. Anwendung des §§ 823 ff. BGB	40
5. Auslegung des § 105 BGB	43
6. Analoge Anwendung des § 122 BGB	44
7. Analoge Anwendung des § 829 BGB	46

III.	Der Schutz des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit im Wertpapierrecht	47
1.	§§ 793, 808 BGB	48
2.	Wechsel- und Scheckrecht	52
IV.	Darstellung der unbefriedigenden gesetzlichen Regelung an Hand praktischer Fälle	54
V.	Abhilfeversuche des Bankgewerbes	56

Drittes Kapitel: Die Klausel als Gegenstand eines

	Individualvertrages	58
I.	Verstößt die Klausel gegen die guten Sitten, § 138 BGB?	61
II.	Ist die Klausel zu unbestimmt und das Risiko zu unübersehbar?	61
III.	Verstößt die Klausel gegen zwingende Normen?	64
1.	Verstoß gegen § 134 BGB?	64
2.	Verstößt die Klausel gegen Schutzgedanken der §§ 105, 107 BGB?	66
a.	Der Grundgedanke des § 105 BGB	68
b.	Der Grundgedanke des § 107 BGB	72

Viertes Kapitel: Die Klausel als Inhalt Allgemeiner

	Geschäftsbedingungen	75
I.	Werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Inhalt eines allgemeinen Bankvertrages (Rahmen- vertrages) oder nur Inhalt jedes Einzelrechts- geschäftes?	75
1.	Die praktische Bedeutung dieser Frage im Hinblick auf die zu untersuchende Klausel. .	75
2.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ...	79
3.	Die Ansichten des Schrifttums und eigene Stellungnahme	82
II.	Die Methode inhaltlicher Kontrolle von Allge- meinen Geschäftsbedingungen	87

1. Der Ansatzpunkt für eine Inhaltskontrolle	87
2. Die Inhaltsbegrenzung Allgemeiner Geschäftsbedingungen	88
a. §§ 138, 134 BGB	88
b. § 242 BGB als Grenze Allgemeiner Geschäftsbedingungen	89
c. Inhaltskontrolle im Wege der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen	90
d. Das Allgemeininteresse als Grenze der Vertragsfreiheit	91
e. Die Aufstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse	91
f. Der Rechtsgedanke des § 315 BGB	93
III. Die Beurteilung der Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute betreffend Mängel in der Geschäftsfähigkeit	94
1. Klarstellung des Inhalts der Klausel	94
2. Gegenüberstellung der Rechtslagen bei Anwendung des Gesetzes und bei Gebrauch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	96
a. Zusammenfassende Darstellung der Rechtslage nach dem BGB	97
aa. Mängel in der Sphäre des Kunden	97
bb. Mängel in der Sphäre der Kreditinstitute	99
b. Vergleich der typischen gesetzlichen Regelung und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	99
3. Einseitigkeit der Klausel?	101
4. Ist die Einseitige Risikoverteilung sachlich gerechtfertigt?	103

- a. Das Erfordernis einer allgemeinen Neu-
regelung der Risikoverteilung durch
Gesetz 104
- b. Besteht bei Rechtsgeschäften mit Kredit-
instituten eine vom gesetzlich geregel-
ten Normalfall abweichende Interessen-
lage? 108

Fünftiges Kapitel: Können die Kreditinstitute der Nichtigkeit
der Klausel dadurch ausweichen, daß sie
die Klausel aus den Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen herausnehmen, sie
aber in Formularverträge einbauen? ... 112

Literaturverzeichnis

- Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sparkassen und Girozentralen, Fassung 1957 mit Erläuterungen, Herausgeber: Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V., Bonn, Stuttgart 1958
- Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 7. Aufl., München und Berlin 1962
- Bernstein, Rechtsgeschäfte unerkennbar Geisteskranker, in: JW 1914 S. 1015 ff.
- BGB-RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,
I. Bd. 1. Teil, Allgemeiner Teil §§ 1 - 240 11. Aufl. Berlin 1959
I. Bd. 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse §§ 241 - 432, 11. Aufl. Berlin 1960
II. Bd. 2. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705 - 853, 11. Aufl. Berlin 1960
- Binder, Die Geisteskrankheit im Recht, Ein Beitrag zur Klärung der grundlegenden Begriffe für geistige Störungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Strafgesetzbuch, Zürich 1952
- Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, Tübingen 1954
- Brandt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht, in: DRW 1940 S. 76 ff.
- Brandt, Verkehrssicherheit und Geschäftsfähigkeit, Stuttgart 1936

- Breit, Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch Geschäftsbedingungen, in: BA XI S. 140 ff.
- v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Köln und Berlin 1956
- Brunswig, Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. I, Heft 1, Leipzig 1902
- v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, S. 333 ff.
- v. Caemmerer, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, in: JZ 1963 S. 97 ff.
- Cohn, Schutz der Vertragsgegner eines nicht erkennbar Geisteskranken, in: JR 1930 S. 20 ff.
- Danz, Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken nichtig? in: JW 1913 S. 1016 ff.
- Dunz, Legitimationswirkung des Sparbuches - BGHZ 28, 368, in: JuS 1962 S. 139 ff.
- Egger, Die Rechtsgeschäfte urteilsunfähiger Personen, in: Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915 S. 715 ff.
- Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl., Berlin 1903
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. und II. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. in zwei Bänden, Münster 1962
- Esser, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer

- Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Fikentscher, Das Schuldrecht, Berlin 1965
- Flechtheim, Irrenschutz und Verkehrsschutz im Reichstage, in: BA XIII S. 187 ff.
- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. Das Rechtsgeschäft
- Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 103 ff.
- Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I S. 135 ff. Karlsruhe 1960
- Frensdorff, Dortmunder Statuten und Urtheile, Halle 1882
- Friedländer, Der Schutz gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr mit unerkennbar Geisteskranken, in: DJZ 1930 S. 1492 ff.
- Fuchs, Rechtsgeschäfte unerkennbar Geisteskranker, in: JW 1914 S. 1011 ff.
- Gebauer, Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, in: AcP 153 S. 332 ff.
- Gerstberger, Der Schutz gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr mit nicht entmündigten unerkennbar Geisteskranken, in: Gruchot 71 (1931) S. 1 ff.
- Gierke, Einlösung von Inhaberpapieren durch Geschäftsunfähige, in: DJZ 1905 S. 92 ff.
- Großmann-Doerth, Allgemeine Geschäftsbedingungen Handelsbrauch, in: JW 1930 S. 3724 ff.
- Haupt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipzig 1937
- Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929

- HGB-RGRK, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher
herausgegeben von Mitgliedern des Reichs-
gerichts, III. Band, §§ 343 - 372, Berlin 1963
- Heilbrunn, Auslegung nichtiger und unbilliger Klauseln
der AGB der Banken, Diss. Frankfurt 1929
- Heilbrunn, Die rechtliche Bedeutung der allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen der Banken, in: JW 1931
S. 2281 ff.
- Henrichs, Der Schutz des gutgläubigen Wechselwer-
bers nach dem einheitlichen Wechselgesetz
der Genfer Verträge unter besonderer Be-
rücksichtigung der Rechtsentwicklung in den
Vertragsstaaten, Frankfurt a.M. und
Berlin, 1962
- Hildebrandt, Wertpapierrecht, Allgemeiner Teil, als
Manuskript gedruckt, Berlin 1957
- v. Hippel, Eike, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach
angloamerikanischem Recht, Frankfurt a.M.
1963
- v. Hippel, Fritz, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privat-
autonomie, Tübingen 1936
- Homburger, Zur Geschäftsfähigkeit Geisteskranker, in:
BA X S. 369 ff.
- Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht,
München 1947
- Hueck, Normenverträge, in: Jherings Jahrb. 73
(1923) S. 33 ff.
- Hueck, Recht der Wertpapiere, 9. Aufl., Berlin und
Frankfurt a.M. 1963
- Jacob, Der Normenvertrag als allgemeine Rechts-
form, Diss. Frankfurt a.M. 1928

- Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts, Berlin 1956
- Jung, Geschäftsabschluß mit nicht erkennbar Geisteskranken, in: RuW 1912 S. 434 ff.
- Klausing, Der Krediteröffnungsvertrag, Berlin 1932
- Klein, Zur Lehre vom negativen Vertragsinteresse, in: Seuff. Bl. 72 (1907) S. 140 und DJZ 1906 S 596 ff.
- Kleiner, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. Aufl., Zürich 1963
- Koch, Banken und Bankgeschäfte, Jena 1931
- Koch, Der Krediteröffnungsvertrag, in: BA XXXII S. 224
- Koch, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung und Entwicklung, Jena 1932
- Kollmar, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, Tübingen 1961
- Krückmann, Schädigungen der Geschäftstreibenden durch Geistesranke, in: Recht 1913 Sp. 419 ff. und BA XIII S. 188 ff.
- Kuhlenbeck, Die Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse (§ 153 BGB) DJZ 1905 S. 1142 ff.
- Kuhlenbeck, Zum Schadensersatzanspruch aus Geschäftsabschlüssen mit heimlich Geisteskranken, in: BA V S. 285 ff.
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I Bd. Allgemeiner Teil, 7. Aufl. München und Berlin 1964, II. Bd. Besonderer Teil, 6. Aufl. München und Berlin 1964

- Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963
- Lehmann, Berücksichtigung der für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen bei der Bereicherungshaftung, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, S. 31 ff.
- Leonhard, Irrenschutz und Verkehrsschutz, in: BA XIII S. 143
- Leonhard, Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlich Geisteskranken, in: BA V S. 153 ff.
- Locher, Das Recht der Wertpapiere, Tübingen 1947
- Lukes, Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Alfred Hueck, München und Berlin 1959, S. 459 ff.
- Lukes, Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: JuS 1961 S 301 ff.
- Lukes, § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: NJW 1963 S. 1897 ff.
- Lux, Die Entwicklung des Gutgläubenschutzes im 19. und 20. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechtes, in: ZHR, Beiheft 16, 1939
- Merckens, Rechtsfragen zu den allgemeinen Bedingungen für den Geschäftsverkehr mit den Großbanken, Diss. Leipzig 1931
- Michel, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932

- Mönch, Der fehlende Schutz des Vertragsgegners bei Rechtsgeschäften mit unerkennbar Geisteskranken im deutschen bürgerlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung fremder Rechte, Diss. Breslau 1927
- Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960
- Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Neubecker, Haftung für Wort und Werk, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, III. Band Breslau 1910, S. 177 ff.
- Oertmann, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, I. (§§ 1 - 144), 3. Aufl., Berlin 1927
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Aufl., München und Berlin 1963
- Perdelwitz-Fabrizius-Kleiner, Das preußische Sparkassenrecht, 2. Aufl., Berlin 1937
- Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), 4. Aufl. Berlin 1913
- Püschel, Verstärkter Schutz gutgläubiger Vertragsgegner von nicht erkennbar Geisteskranken, in: JW 1914 S. 564 ff.
- Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Bad Homburg vor der Höhe 1961
- Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I S. 101 ff. Karlsruhe 1960
- Regelsberger, Die rechtliche Bedeutung der sog. Geschäftsbedingungen der Bankiers für ihre Kontokorrent-

- verträge, in BA V S. 169 ff.
- Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung, in: Jherings Jahrb. Bd. 58 S. 146 ff.
- Rehfeldt, Wertpapierrecht, 7. Aufl., München und Berlin 1963
- Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft, Bd. II 1, Braunschweig 1866
- Rümelin, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, Tübingen 1912
- Schaarschmidt-Bickel, Legitimationsfragen im Sparkassengeschäft, Stuttgart 1959
- Schinnerer, Bankverträge I. Teil, Wien 1957
- Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP 147 S. 130 ff.
- Schmidt-Rimpler, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, S. 1 ff.
- Schneider, Zur Bestimmung des Umfangs der Bereicherung nach Erfüllung eines nichtigen Vertrages, in: Jherings Jahrb. 61 S. 179 ff.
- Schumann, Handelsrecht, Wiesbaden 1953
- Schumann, Spargeschäft, Sparguthaben und Sparbuch in Rechtstheorie und Praxis, Münster 1939
- Schwedes, Grenzen der Vertragsfreiheit im Verkehr zwischen Bank und Kunden, Diss. Marburg 1933
- Simon, Die Gefährdung der Banken durch Geschäftsabschlüsse mit unerkenntbar Geisteskranken, in: JW 1913 S. 291
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch,
I. Band §§ 1 - 432, 9. Aufl., Stuttgart 1959
II. Band §§ 433 - 853, 9. Aufl., Stuttgart 1962

- Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1934
- Staudinger, Kommentar zum BGB,
Band I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1957
Band II, 4. Teil, Lfg. 3 §§ 780 ff., 11. Aufl.
Berlin 1960
- Stranz, Wechselgesetz, Kommentar, 14. Aufl.,
Berlin 1952
- Trost-Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Aufl.,
Berlin 1962
- v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürger-
lichen Rechts,
I. Bd., Leipzig 1910,
II. Bd., 1. Hälfte, Leipzig 1914
- Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart und
Berlin 1938
- Weimar, Tritt Schuldbefreiung ein, wenn die Leistung
an einen geschäftsunfähigen oder geschäfts-
beschränkten Inhaber eines Sparkassenbuches
erfolgt? in: JR 1959 S. 218 ff.
- Weintraud, Die Saldotheorie, Breslau 1931
- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl.,
Frankfurt 1891
- Woite, Haftung und Allgemeine Geschäftsbedingungen
der Banken, Berlin 1931
- Wolff, Max, Die "moderne Art der Rechtsprechung", in:
JW 1914 S. 121 ff.
- Wrede, Die Abänderungen des Bürgerlichen Rechts
durch die Geschäftsbedingungen der Banken,
Diss. Göttingen 1931

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
art.	article
AT	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
Aufl.	Auflage
BA	Bankarchiv
bayr. Entw.	bayrischer Entwurf
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGH	Bundesgerichtshof
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
dresd. Entw.	Dresdener Entwurf
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Enn. - Leh.	Enneccerus-Lehmann
Enn. - Nipp	Enneccerus-Nipperdey
f.	für
ff.	folgende

Festschr.	Festschrift
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HGB-RGRK	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsge- richts
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
Jahrg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Lt.	Literatur
m. E.	meines Erachtens
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
Pand.	Pandekten
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RGZ	amtliche Sammlung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in Zivilsachen
RuW	Recht und Wirtschaft
S.	Seite
Seuff. Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern
Sp.	Spalte
Staud.	Staudinger
Warn. R.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht

Erstes Kapitel

Einleitung

I. Aufgabenstellung

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der privaten Kreditinstitute¹⁾ sowie der gewerblichen und ländlichen Kreditgenossenschaften²⁾ und auch der öffentlichen Sparkassen³⁾ enthalten folgende gleichlautende Klausel:

"Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß die Bank (Sparkasse) von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden unverschuldet keine Kenntnis erlangt."

Die Gültigkeit dieser Klausel, die auf einen Vorschlag von Breit⁴⁾ im Jahre 1911 zurückzuführen ist, wird von Anfang an heftig umstritten⁵⁾.

1) § 23 der AGB der Banken (Trost-Schütz: Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Aufl. 1962)

2) § 23

3) § 3 Abs. II der ABG der Sparkassen

4) Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch Geschäftsbedingungen, BA 11/140 ff.

5) Dagegen vor allem Haupt: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937 S. 63 - 76; Schwedes: Grenzen der Vertragsfreiheit im Verkehr zwischen Bank und Kunden, Diss. Marburg 1933; Egger: Die Rechtsgeschäfte urteilsunfähiger Personen, in Festschrift für Cohn, 1915 S. 715 ff.

Dafür: Breit a. a. O.; Merckens: Rechtsfragen zu den allgemeinen Bedingungen für den Geschäftsverkehr mit den Großbanken, Diss. Leipzig 1931; Jung: Geschäftsabschluß mit nicht erkennbar Geistes- (Forts. s. Seite 17)

Die wissenschaftliche Diskussion, die bis zum zweiten Weltkrieg ange-
dauert hat, ist danach nicht wieder aufgenommen worden, obwohl sie
noch nicht als abgeschlossen bezeichnet werden kann. Die Klausel ist
mehrfach Gegenstand von Prozessen gewesen. Eine gerichtliche Ent-
scheidung über ihre Zulässigkeit ist aber lange Zeit hinausgezögert
worden, weil sich die Kreditinstitute einem Grundsatzurteil durch Ver-
gleiche zu entziehen gewußt haben. Diese Vergleichsbereitschaft deutet
auf eine Scheu vor einem Grundsatzurteil hin und läßt damit auf die
eigene Unsicherheit der Kreditinstitute in der Beurteilung der recht-
lichen Zulässigkeit der Klausel schließen.

Erst in jüngster Zeit ist die Klausel Gegenstand zweier Prozesse ge-
worden, die der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte. Während der
III. Zivilsenat¹⁾ die Frage der Zulässigkeit der Klausel ausdrücklich
offen ließ, sah der II. Senat²⁾ die Klausel als zulässig an. Da sich der
II. Zivilsenat mit der Problematik aber in keiner Weise auseinander-
gesetzt hat, kann die Unsicherheit über die Wirksamkeit der Klausel
noch keineswegs als behoben angesehen werden.

(Forts. Fußn. 5) S. 16)

kranken, RuW 1912 S. 435; Wrede: Die Abänderungen des bürger-
lichen Rechts durch die Geschäftsbedingungen der Banken, Diss.
Göttingen 1931 S. 26; Trost-Schütz a.a.O. zu Z 23 der AGB;
Enn.-Nipp. 15 Aufl. § 150 Anm. 5, Lehmann: Allgemeiner Teil des
BGB, 14. Aufl. § 28 A II 3, Planck; Komm. (1913) § 105 Anm. 3;
Staud.-Coing § 105 Anm. 7; v. Godin in HGB-RGRK § 365 Anh. 2;
Schaarschmidt-Bickel, Legitimationsfragen im Sparkassengeschäft
S. 83; AGB der Sparkassen und Girozentralen S. 100

- 1) BGH in WM 1965 Teil IV S. 895 ff. (897)
- 2) BGH in WM 1966 Teil IV S. 973, ebenso KG, Urteil v. 14.1.1964 in
Sparkasse 1966 S. 248

Aufgabe dieser Untersuchung soll es daher sein, Klarheit über die Zu- oder Unzulässigkeit dieser Klausel zu gewinnen. Eine Klärung dieser Fragen dient vor allem den Interessen der Kunden der Kreditinstitute, sind sie es doch, die gerade den Kreditinstituten besonderes Vertrauen entgegenbringen, die sich wegen mangelnder juristischer Kenntnisse kein Urteil über die hier anstehende Rechtsfrage bilden können und deshalb blindlings auf die Gültigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertrauen oder aber das Risiko eines Prozesses wegen der damit verbundenen Kosten und Unannehmlichkeiten scheuen.

Die Unsicherheit, die trotz der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes bestehen geblieben ist, stellt sich andererseits für die Kreditinstitute nicht als nachteilig dar. Solange die Nichtigkeit der Klausel nicht definitiv festgestellt ist, können die Kreditinstitute die Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen belassen und sie dem Kunden in geeigneten Fällen entgegenhalten. Für die Kreditinstitute bedeutet nämlich eine nichtige Klausel wenigstens nach der bisherigen Rechtsprechung¹⁾ keinerlei Risiko; denn nach der bisherigen Praxis berührt die Nichtigkeit nicht nur nicht das Einzelrechtsgeschäft sondern nicht einmal die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit. An die Stelle der nichtigen Klausel tritt nur die maßgebliche gesetzliche Bestimmung.

Zumindest²⁾ bis zu einer ausführlich begründeten Entscheidung über die Zu- oder Unzulässigkeit der Klausel werden die Kreditinstitute

-
- 1) a. A. Lukes, Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift f. Hueck, S. 484 ff. Lukes läßt das Einzelrechtsgeschäft bei Wirkungslosigkeit der AGB in ihrer Gesamtheit wirksam sein.
 - 2) Es kommt auch vor, daß trotz der Feststellung der Nichtigkeit einer Klausel diese in AGB belassen bleibt. Ein solcher Fall ist mir bei Kreditinstituten allerdings noch nicht bekanntgeworden.

diese Bestimmung in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen belassen und sie den auf die Gültigkeit der Klausel vertrauenden, rechtsunkundigen oder risikoscheuen Kunden weiter mit Erfolg entgegenhalten, wenn nicht vorher eindeutig die Unzulässigkeit der Klausel nachgewiesen wird.

Diese Arbeit soll ein Versuch sein, die Diskussion um die Zulässigkeit der oben wiedergegebenen Klausel neu zu entfachen um, die bei diesen Fragen bestehende Rechtsunsicherheit zu beheben.

II. Methode der Arbeit

Eine inhaltliche Kontrolle der Klausel kann nur durch einen kritischen Vergleich mit den Maßstäben erfolgen, die uns auf Grund des geltenden Rechts und der Anwendung dieses Rechts vorgegeben sind. Es gilt daher zunächst, die Bewertung des Konfliktes zwischen Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen einerseits und den Kreditinstituten andererseits, wie sie der Gesetzgeber vorgenommen hat, darzustellen. Dabei werden Rückblicke auf die geschichtliche Entwicklung der diesbezüglichen Gesetzesvorschriften und ein Vergleich mit den Regelungen in anderen Rechtsordnungen erforderlich sein, um die tragenden Grundgedanken herausarbeiten zu können. Bevor dann auf die eigentliche Problematik der Klausel im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingegangen wird, soll untersucht werden, ob schon ein Individualvertrag mit dem Inhalt der Klausel gegen zwingende Normen des BGB verstößt. Stellt sich heraus, daß ein solcher Individualvertrag gültig ist, dann wird die Klausel im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu prüfen sein, denn auch dann, wenn eine vom Gesetz abweichende Regelung in einem ausgehandelten Individualvertrag zulässig ist, kann eine gleichlautende Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen der rechtlichen Wirksamkeit entbehren.¹⁾

Dabei ist auf den Charakter der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einzugehen, denn die Klausel kann im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen - unabhängig von ihrer inhaltlichen Zulässigkeit - nur dann wirksam werden, wenn die Einigung über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung begründet, nicht aber dann, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit auch die Klausel lediglich jeweils Inhalt des späteren Einzelrechtsgeschäftes werden, denn bei Unwirksamkeit des Einzelrechtsgeschäftes wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit wäre dann auch die Klausel nichtig und damit wirkungslos.

Im Folgenden sind schließlich die Grenzen für den Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen herauszuarbeiten. Es ist dabei im einzelnen zu prüfen, ob die Klausel diese gesteckten Grenzen überschreitet.

Abschließend soll dann zu der Frage Stellung genommen werden, ob die Kreditinstitute, wenn sich die Klausel im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unzulässig erweist, mit der Klausel in sogenannte "Formulare" ausweichen können.

Zweites Kapitel

Die Entstehungsgeschichte des § 23 AGB der Banken und Kreditgenossenschaften und des § 3 Abs. II der AGB der Sparkassen.

I. Die gesetzliche Regelung des Mangels in der Geschäftsfähigkeit in den §§ 104 ff. BGB.

1) vgl. v. Caemmerer: Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 53/97 ff; BGH in NJW 64/1123

1. Das Prinzip der Privatautonomie und Mängel in der Geschäftsfähigkeit

Unsere Privatrechtsordnung beruht auf dem Grundsatz der Privatautonomie, d.h., daß unsere Rechtsordnung dem einzelnen die verantwortliche Gestaltung seines Lebenskreises und die Regelung seiner rechtlichen Beziehung zur Umwelt überläßt ¹⁾.

Eine verantwortliche Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr setzt aber die Teilnahme von Menschen voraus, die nach Lebensalter, Einsicht und Gesundheit fähig sind, ihre eigenen Belange richtig einzuschätzen und wahrzunehmen und die von ihnen zu wahrenden Drittinteressen gebührend zu beobachten ²⁾. Das Prinzip der Privatautonomie erfordert es, daß der Gesetzgeber den Kreis der am Rechtsgeschäftsverkehr Teilnahmeberechtigten beschränkt, indem er einen Teil von Menschen völlig vom privaten Rechtsverkehr ausschließt (Geschäftsunfähige), einen anderen Teil nur beschränkt zuläßt (beschränkt Geschäftsfähige).

a. Geschäftsunfähigkeit

Das BGB betrachtet die Geschäftsfähigkeit der Personen, die sich tatsächlich am Rechtsverkehr beteiligen, als das Regelmäßige. Aus diesem Grunde gibt § 104 BGB wohl auch keine Definition der Geschäftsfähigkeit, es wird vielmehr negativ formuliert, wer geschäftsunfähig ist. Geschäftsunfähig sind nach § 104 BGB:

1) siehe dazu grundlegend: Fritz v. Hippel: Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936

2) Kollmar: Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, 1961, S. 12

Kinder unter sieben Jahren (§ 104 Z. 1),
 Geisteskranke, deren freie Willensbestimmung nicht bloß vorüber-
 gehend ausgeschlossen ist (§ 104 Z. 2),
 die wegen Geisteskrankheit Entmündigten (§ 104 Z. 3).

Zur Verdeutlichung der Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Z. 2 BGB sei hier folgende Formulierung des Reichsgerichts¹⁾ angeführt: "Als geschäftsunfähig ist nach § 104 Nr. 2 BGB derjenige anzusehen, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch Einflüsse dritter Personen dauernd derart beeinflusst werden, daß sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern sich den anomalen Einwirkungen schranken- und hemmungslos hingeben und von ihnen widerstandslos beherrscht werden." In diesen Fällen besteht die Geschäftsunfähigkeit ohne Rücksicht auf eine Entmündigung. Diese Tatsache ist insofern wichtig, als eine Entmündigung von Geisteskranken in vielen Fällen nicht erfolgt, da ein Entmündigungsverfahren nur auf Antrag in Gang gesetzt wird (§ 640 ZPO), ein solcher Antrag aber aus Unkenntnis oder wegen der angeblichen Schande nicht gestellt wird.

Die Wirkung der Geschäftsunfähigkeit besteht in der völligen Nichtigkeit der vom Geschäftsunfähigen abgegebenen Willenserklärung (§ 105 Abs. I BGB).

Keine Geschäftsunfähigkeit, wohl aber Nichtigkeit, bewirken die Bewußtlosigkeit und die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit, wenn der Erklärende bei Abgabe seiner Willenserklärung der freien Willensbestimmung beraubt war²⁾.

1) Warn R 1918 Nr. 156; RGZ 103/400 (401)

2) Kollmar a. a. O. S. 12

b. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

Entsprechend der Lebenswirklichkeit, die nicht nur die Extreme voll geschäftsfähig und geschäftsunfähig kennt, hat der Gesetzgeber eine differenzierte Abstufung vorgenommen, indem er eine Gruppe von Menschen nur zur Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr bei risikolosen oder weniger bedeutenden Geschäften zugelassen hat¹⁾. Zu dieser Gruppe der beschränkt Geschäftsfähigen gehören

- (1.) die Minderjährigen, die das siebente Lebensjahr vollendet haben, aber noch nicht volljährig oder für volljährig erklärt sind,
- (2.) die wegen Geistesschwäche, Verschwendungs- oder Trunksucht Entmündigten (§ 114 BGB),
- (3.) die nach § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft Gestellten (§ 114 BGB).

Bei diesen Personen, die zu einer vernünftigen, rechtlich bedeutsamen Willensbildung in dem Maße fähig sind, daß die Rechtsordnung ihr unmöglich die Anerkennung schlechthin versagen kann, deren diesbezügliche Fähigkeiten wegen ihres jugendlichen Alters oder ihrer besonderen Veranlagung wegen aber doch nicht jenen Fähigkeiten eines zielbewußt Handelnden gleichzusetzen sind, liegt es in ihrem eigenen Interesse, wenn die Rechtsordnung auf ihre Willensäußerung den gewöhnlichen Erfolg nur innerhalb bestimmter Schranken eintreten läßt²⁾. Dem Schutzgedanken, der der Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit zugrunde liegt, ist genügt, wenn durch bestimmte Schranken verhindert wird, daß die beschränkt Geschäftsfähigen sich selbst benachteiligen. Aus diesem Grunde unterscheidet das Gesetz Rechtsgeschäfte, die dem Minderjährigen lediglich rechtlichen³⁾ Vorteil bringen, und andere

1) Kollmar a.a.O. S. 12

2) Staudinger Coing § 106 Anm. 3

3) der wirtschaftliche Vorteil ist dabei kein Kriterium

Rechtsgeschäfte. Für die Rechtsgeschäfte mit lediglich rechtlichem Vorteil ist die Geschäftsfähigkeit in keiner Weise beschränkt. Anders ist es mit den übrigen Geschäften. Zwar sind auch die Rechtsgeschäfte, die nicht lediglich rechtlichen Vorteil bringen, nicht schon von vornherein nichtig, ein ausreichender Schutz wird vielmehr dadurch erreicht, daß der Minderjährige und der ihm Gleichgestellte für ihre Wirksamkeit der Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bedürfen. Eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wird vermutet, wenn der Geschäftsbeschränkte die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind.

Häufig zwingen aber die heutigen sozialen Verhältnisse auch Minderjährige, selbständig ein Erwerbsgeschäft zu betreiben oder in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis zu treten. Der Gesetzgeber hat daher ohne Rücksicht auf oben genannte Grenzen den beschränkt Geschäftsfähigen die volle Geschäftsfähigkeit für Geschäfte dieser Art zugestanden, wenn die weiteren Voraussetzungen der §§ 112 und 113 BGB erfüllt sind.

c. Mängel in der Geschäftsfähigkeit eines Vertreters

Auch für den Fall, daß ein voll Geschäftsfähiger einen unerkannt Geschäftsunfähigen bevollmächtigt, hält das BGB an den Grundsätzen der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes fest. Grundlage des Vertretungsrechts ist der Repräsentationsgrundsatz, der besagt, daß der Vertreter der Repräsentant des Geschäftsherrn bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts ist. Der Vertreter ist der Erklärende und Handelnde, nur die rechtlichen Folgen entstehen in der Person des Vertretenen¹⁾. Da es auf den Willen des Vertreters ankommt, eignet sich ein Geschäftsunfähiger

1) RGZ 58/347

nicht zur Vertretung, denn seine Willenserklärungen sind nichtig, damit aber auch das für den Geschäftsherrn abgeschlossene Geschäft.

Anders steht es mit der Vertretungsfähigkeit der beschränkt Geschäftsfähigen. Da bei der Stellvertretung Rechte und Pflichten unmittelbar nur in der Person des Vertretenen entstehen, eine Bevollmächtigung nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, kann daher kein rechtlicher Nachteil für einen beschränkt geschäftsfähigen Vertreter entstehen. Daraus zieht § 165 BGB die Konsequenz, daß die von einem beschränkt Geschäftsfähigen als Vertreter abgegebenen Willenserklärungen voll wirksam sind.

2. Das Prinzip des Vertrauensschutzes und die allgemeine gesetzliche Regelung bei Mängeln in der Geschäftsfähigkeit in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht.

Es wurde deutlich, daß die gesetzliche Regelung des Rechts der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen sich folgerichtig auf dem Grundsatz der Privatautonomie aufbaut. Jedoch ist bei der Schaffung des BGB unberücksichtigt geblieben, daß das moderne Verkehrsrecht nicht allein auf dem Ordnungsprinzip der Privatautonomie, sondern auch auf anderen, von der Rechtsordnung ohne Rücksicht auf den Parteiwillen durchgesetzten Ordnungsgedanken aufgebaut ist, zu denen auch der Gedanke des Vertrauensschutzes zu rechnen ist¹⁾. Der Gesetzgeber hat das Recht der Mängel in der Geschäftsfähigkeit einseitig auf der Grundlage der Privatautonomie geregelt, obwohl ein Vertrauensschutz nicht nur zwischen den am Rechtsgeschäftsverkehr Teilnahmeberechtigten sondern auch gerade dann erforderlich ist, wenn ein Nicht-Teilnahmeberechtigter den äußeren Anschein hervorruft, teilnahmeberechtigt zu sein, zumal das Gesetz selbst von dem

1) vgl. Staudinger-Coing, Einl. 2 i vor § 104 BGB

Regelfall der geistigen Gesundheit ausgeht. So sind Willenserklärungen von Geschäftsunfähigen nichtig, gleichgültig, ob einerseits die Rechtsgeschäfte für den Geschäftsunfähigen vorteilhaft oder nachteilig sind, oder ob andererseits der Vertragsgegner auf die Wirksamkeit der Willenserklärung vertrauen durfte und vertraut hat oder nicht. Der Geschäftspartner kann in keinem Falle Erfüllung verlangen, ihm steht kein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu, es erfolgt auch kein Ersatz nach Billigkeitsgesichtspunkten wie etwa in § 829 BGB für das Recht der unerlaubten Handlungen, vielmehr kann er nur Herausgabe des von ihm Geleisteten nach Bereicherungsrecht verlangen. Aber auch das Bereicherungsrecht gewährt keinen vollen Ausgleich in allen Fällen, denn auch der gutgläubige Vertragspartner hat nach § 818 Abs. III BGB das Risiko des Unterganges der Bereicherung beim Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen zu tragen.

Die gesetzliche Regelung erweist sich somit als unbillige Härte für den, der gutgläubig auf die Geschäftsfähigkeit seines Kontrahenten vertraut. Diese Härte erschiene dann zumindest verständlich, wenn der Gesetzgeber auf diesem Wege einen absoluten Schutz der Geschäftsunfähigen hätte erreichen wollen. Für das Recht der beschränkt Geschäftsfähigen mag sich ein solcher Schutzgedanke aus dem Gesetz entnehmen lassen, für das Recht der Geschäftsunfähigen läßt sich ein solcher Schutzgedanke aber bezweifeln. Einmal tritt die Nichtigkeit auch bei vorteilhaften Geschäften (z. B. Schenkung) und auch bei Geschäften, die auch ein vernünftiger Mensch abgeschlossen hätte, ein¹⁾. Zum anderen sind Rechtsgeschäfte nichtig, die ein geschäftsunfähiger Vertreter für seinen Prinzipal abschließt. Wenn sich aber die Funktion des Vertreters in der Mitwirkung an der Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes erschöpft, er seine Rolle ausgespielt hat, sobald das

1) vgl. Motive Bd. I S. 130

Geschäft abgeschlossen ist, und er mit dem Geschaffenen nichts mehr zu tun hat¹⁾, dann bedarf der geschäftsunfähige Vertreter keines Schutzes dergestalt, daß das Geschäft für nichtig erklärt wird, da ihn ja die Rechtsfolgen nicht treffen. Der Gesetzgeber hätte also wenigstens in diesen Fällen dem Verkehrsschutz den Vorrang lassen können, denn der gutbläubige Vertragspartner verdient mehr Schutz als der Prinzipal, in dessen Sphäre schließlich der Mangel in der Geschäftsfähigkeit zu suchen ist²⁾.

Diese Beispiele zeigen, daß sich der Gesetzgeber der Notwendigkeit einer Interessenabwägung zwischen den Grundgedanken der Privatautonomie, des Vertrauensschutzes und des Schutzes der Geschäftsunfähigen nicht recht bewußt geworden ist. Die Regelung des BGB macht vielmehr deutlich, daß die Verfasser des BGB allzusehr im Banne des gemeinrechtlichen Dogmas³⁾ standen, daß ein Rechtsakt, der aus einem krankhaften Willen entspringe, schlechthin nichtig sein müsse. Man berief sich dabei auf Stellen wie D 44, 7, 1, 12 (Gaius): *Furiosum, sive stipulator sive promittat, nihil agere manifestum est*, oder auch auf Inst. III 106 *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*⁴⁾.

Daneben tritt der Gedanke, daß die Nichtigkeit von Willenserklärungen Geisteskranker eine aus der Natur der Sache mit Notwendigkeit entspringende Regelung sei⁵⁾. Diesen Gedanken entspricht auch das

1) Müller-Freienfels: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft S. 55

2) vgl. dazu unten S. 35 (Saldotheorie)

3) Rümelin: Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr S. 10

4) vgl. Haupt a. a. O. S. 68 Anm. 20 mit Lit.-Hinweisen

5) Rümelin a. a. O. S. 5 mit weiteren Literaturhinweisen

preußische allgemeine Landrecht mit folgenden Bestimmungen:

Teil I Tit. 1 § 27:

"Rasende und Wahnsinnige heißen diejenigen, welche des Gebrauchs ihrer Vernunft gänzlich beraubt sind."

Teil I Tit. 4 § 40:

"Alle Willensäußerungen der Kinder, welche das siebente Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind nichtig".

Teil I Tit. 4 § 23:

"Rasende und Wahnsinnige sind den Kindern unter sieben Jahren gleich zu achten" (§ 20)¹⁾.

Auf der Grundlage dieser geschichtlichen Entwicklung ist es verständlich, wenn die Verfasser des BGB kritiklos an den althergebrachten Regelungen festhielten. Aber dennoch hätte es einer Auseinandersetzung mit ausländischen Kodifikationen bedurft, die eine andere Stellung zu dem hier in Frage stehenden Problem eingenommen haben wie z. B. in Frankreich der code civil art. 502 ff. und die dem Code Napoléon folgenden Gesetze Belgiens, Hollands, Portugals und Italiens²⁾.

Der code civil unterscheidet zwischen Rechtsgeschäften Geisteskranker vor ihrer Entmündigung und den danach abgeschlossenen. Die Rechtsgeschäfte von Entmündigten sind mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar. Für Rechtsgeschäfte geisteskranker nicht Entmündigter ist die Rechtslage nicht eindeutig³⁾. Die Praxis geht jedenfalls davon aus, daß diese Rechtsgeschäfte nur dann anfechtbar sind, wenn die Geisteskrankheit allgemein bekannt war.

1) ähnlich auch andere Partikularrechte z. B. sächs. GB §§ 89, 786; bayr. Entw. Th. I, Art. 3, dresd. Entw. Art. 23

2) vgl. die Zusammenstellung bei Haupt a. a. O. S. 70 Anm. 28

3) vgl. Gerstberger: Der Schutz gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr mit nicht entmündigten unerkennbar Geisteskranken. Gruch 71 S. 1 (23 ff.); Brandt, Verkehrssicherheit u. Geschäftsunfähigkeit, S. 27 ff.

Einen noch weitergehenden Schutz des gutgläubig mit einem Geisteskranken Kontrahierenden gewährt das englische Recht. Der englische Richter behandelt die zweiseitigen entgeltlichen Rechtsgeschäfte Geisteskranker grundsätzlich als gültig, er läßt eine Anfechtung nur zu, wenn der Vertragsgegner die Krankheit kannte¹⁾. Diese Regelung in diesen beiden Rechtskreisen zeigt, daß der Grundsatz der Privatautonomie und der Gedanke des Vertrauensschutzes sich im Recht der Geschäftsunfähigen durchaus miteinander vereinbaren lassen.

Doch der Gesetzgeber tut diese Regelungen mit der kurzen Bemerkung ab, die Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Geisteskrankheit sei schwer vereinbar mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen²⁾, womit er wohl das Axiom von der Naturnotwendigkeit der absoluten Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geisteskranker meint³⁾.

Der gemeinrechtliche⁴⁾ Grundsatz, daß Geisteskranke keinen oder wenigstens keinen rechtlich beachtlichen Willen haben können und damit auch die Rechtsgeschäfte von Geisteskranken nichtig sein müssen, mag seinerzeit berechtigt gewesen sein, da der Kreis der Geisteskranken viel kleiner gezogen war als er es nach den heutigen wissenschaftlichen Erkenntnissen der modernen Psychiatrie ist. Für die frühere Zeit war geisteskrank nur, wer durch sein unnormales Verhalten ohne weiteres als geisteskrank zu erkennen war⁵⁾, nämlich der

1) Brandt a.a.O. S. 40 ff., Haupt a.a.O. S. 70 Anm. 29

2) Motive Bd. I S. 130

3) Rümelin a.a.O. S. 11

4) Windscheid, Lehrbuch 7. Aufl. § 54 S. 130 Nr. 11 u. 12 und § 71 S. 173 Nr. 3 u. 4

5) vgl. zu folgenden Anm. Haupt a.a.O. S. 69 Anm. 21, 22, 23

furiosus, der mente captus, der demens oder der "geck"¹⁾ oder der, welcher "breke an sinen fünf Synnen hedde unde dorhafticht were"²⁾ oder der "rechte dor unde sinnelose man"³⁾. Diese Fälle interessieren eigentlich in dem Zusammenhang dieser Arbeit nicht. Es ist selbstverständlich, daß mit einem völlig verblödeten Geisteskranken, der Laute stammelt, die als Bejahung einer Frage aufgefaßt werden können, kein Vertrag, ja nicht einmal der äußere Anschein eines solchen zustandekommt⁴⁾.

Anders liegen aber die Fälle, die äußerlich als normale rechtsgeschäftliche Vorgänge erscheinen, bei denen aber ein unerkannt Geisteskranker beteiligt ist. Geschäfte dieser Art waren im gemeinen Recht deshalb wirksam, weil die Geisteskrankheit nicht erkannt wurde. Erst durch die moderne Medizin ist das Problem der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit unerkannt Geisteskranker akut geworden. Wenn man aber auch für diese Fälle den krankhaften Willen dem gar nicht vorhandenen gleichachtet, so ist das keine Selbstverständlichkeit mehr, die sich auch rechtshistorisch begründen läßt, sondern ein positiver Rechtsatz, dessen Angemessenheit sich bezweifeln läßt⁵⁾.

Der Grundsatz der Privatautonomie verlangt nicht als notwendige Konsequenz die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geisteskranker. Mit der Privatautonomie ist es durchaus vereinbar, wenn ein Rechtsgeschäft eines Geisteskranken, das auch ein normaler Mensch

1) Frensdorff, Dortmunder Statuten und Urtheile, 1882, S. 302 Nr. 95

2) Goslarer Statuten, 17, 13 - 15, zitiert bei Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft Bd. II 1, 1866, S. 168 Anm. 5; s. Anm. 5 S. 29

3) siehe dazu Haupt a.a.O. S. 69 Anm. 23

4) Rümelin a.a.O. S. 46

5) Rümelin a.a.O. S. 47

unter Berücksichtigung der Umstände, die ein Geisteskranker vorgefunden hat, abgeschlossen hätte, also als vernünftig erscheint, grundsätzlich von der Rechtsordnung anerkannt wird, falls überhaupt der Anschein eines Rechtsgeschäftes gegeben ist. Ein Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters oder Vormundes würde durchaus dem Schutz des Geisteskranken genügen und gleichzeitig die Interessen des gutbläubigen Partners bei Ersatz des Vertrauensschadens gebührend berücksichtigen.

Auch bei Minderjährigen und den ihnen Gleichgestellten wird der gute Glaube des Geschäftsgegners nur insoweit geschützt, als ihm dann, wenn er die Minderjährigkeit oder Entmündigung nicht gekannt hat, ein Widerrufsrecht (§ 109 BGB) zusteht. Dadurch gestaltet sich die Rechtslage für den Kontrahenten des beschränkt Geschäftsfähigen kaum merklich besser als bei Geschäften mit Geschäftsunfähigen. Auch in diesem Falle gibt das Gesetz nur einen Bereicherungsanspruch, der auf die Rückgabe des Geleisteten geht.

II. Versuche in Literatur und Rechtsprechung, die strenge Regelung des BGB zu mildern

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß mit den Erkenntnissen der modernen Psychiatrie die Bedeutung der §§ 104 ff. BGB eine erhebliche Ausweitung erfahren hat. Während in früheren Zeiten die Anschauungen der Mediziner und der medizinischen Laien über die Geisteskranken weitgehend übereinstimmten, weil als Geisteskranker nur der erkannt wurde, der nach außen hin ein auffälliges Benehmen an den Tag legte, ist dort heute wegen der differenzierten Betrachtungsweise der modernen Medizin eine deutliche Kluft entstanden.

Der Schwellenwert, von dem an auch der Nichtmediziner von einer seelischen Erkrankung redet, liegt viel höher als beim Fachmann, da dieser durch eine geschulte, speziell auf die zu untersuchende Erscheinung eingestellte Beobachtungstechnik über die Möglichkeit verfügt, sehr leicht ausgesprochene, aber durchaus einfühlbare, psychotische Symptome zu erkennen, die dem Laien entgehen müssen¹⁾. Damit die Umgangssprache einen Menschen geisteskrank nennt, müssen grob befremdende Krankheitszeichen vorhanden sein, die auch ein Laie bei näherem Umgang mit dem Kranken oder bei der Erkundigung nach früheren Störungen erkennen kann²⁾.

Diese Ausweitung, die damit der Satz von der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geisteskranker erfahren hat, ist also nicht in einer Wandlung der juristischen Anschauungsweise begründet, sondern hat ihre Grundlage allein in der Vertiefung der medizinischen Kenntnisse.

Einer solchen Ausweitung dieses Rechtssatzes ist die Rechtsprechung mit sehr zaghaften, im ganzen gesehen kaum wirksamen Mitteln entgegengetreten. Durchgreifendere Wege sind im Schrifttum erwogen worden. Aber auch diese Versuche haben keine Milderung der Härte der gesetzlichen Regelung herbeiführen können.

1. lucida intervalla

Einen weitgehenden Schutz des gutgläubigen Vertragsgegners erreichten das römische und gemeine Recht durch die Anerkennung der lucida intervalla, der lichten Zwischenräume. So sah das gemeine Recht in lichten Zwischenräumen abgegebene Willenserklärungen

1) Binder, Die Geisteskrankheit im Recht 1952, S. 41

2) Binder a.a.O. S. 42

selbst noch nach erfolgter Entmündigung als wirksam an,¹⁾ allerdings gab es eine Vermutung dafür, daß ein lichter Zwischenraum bei Abgabe der Willenserklärung nicht bestanden habe. Nur dann, wenn der Kranke wirklich unter dem Einfluß der geistigen Störung gehandelt hatte, war seine Willenserklärung nichtig. Solange er nicht Unvernünftiges anstellte, nahm man einen lichten Zwischenraum, und damit auch ein wirksames Rechtsgeschäft an²⁾. Die Anwendung der lucida intervalla führte damit weitgehend zu einem Interessenausgleich. Der nach heutigen medizinischen Erkenntnissen Geisteskranke wurde damals, falls es sich um ein objektiv vernünftiges Geschäft handelte, als gesund angesehen. Er wurde daher an seinen objektiv vernünftigen Erklärungen festgehalten, wodurch er aber wegen der Vernünftigkeit des Geschäftes nicht besonders hart betroffen wurde. Andererseits wurde durch die Anerkennung des Rechtsgeschäftes der gutgläubige Kontrahierende im Interesse der Verkehrssicherheit geschützt³⁾.

Die Anwendung des Instrumentes der lichten Zwischenräume ist jedoch weitgehend eingeschränkt worden. Zwar werden die lucida intervalla auch heute noch grundsätzlich anerkannt⁴⁾, sie haben aber nicht mehr die Bedeutung, da in den meisten Fällen, in denen früher mit lucida intervalla gearbeitet wurde, die moderne Medizin auch für diese Zeiträume eine Geisteskrankheit nachweist, ohne daß sie dem Laien erkennbar wäre. Eine weitere Einschränkung ist dadurch erfolgt, daß bei einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit auch

1) Windscheid a. a. O. § 71 S. 173 Anm. 4

2) Rümelin a. a. O. S. 6

3) Fuchs, Rechtsgeschäfte unerkennbar Geisteskranker, JW 1914/1011 ff.

4) Enn.-Nipp. Bd. I, 15. Aufl. § 92 II 1d und § 93 IV 1; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 28, A II 1c; BGB-RGRK § 104 Anm. 14; Staudinger-Coing § 104 Anm. 9

für den Fall Geschäftsunfähigkeit eintritt, daß eine Geisteskrankheit tatsächlich nicht vorgelegen hat oder aber inzwischen geheilt worden ist.

2. Partielle Geschäftsunfähigkeit

Den *lucida intervalla* verwandt ist die partielle Geschäftsunfähigkeit. Während die lichten Zwischenräume die Frage der zeitlichen Beschränkung der Geschäftsfähigkeit behandeln, ist die Teilgeschäftsunfähigkeit gegenständlich orientiert¹⁾.

Ebenso wie den *lucida intervalla* kommt der partiellen Geschäftsunfähigkeit nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Das rührt einmal daher, daß die Lehre von der partiellen Geschäftsunfähigkeit in der Psychiatrie heftig umstritten ist²⁾, daß ferner Einmütigkeit darin besteht, daß der Großteil aller Geistesstörungen die Gesamtpsyche ergreift, es also nur wenige Ausnahmefälle gibt³⁾. Hinzu kommt,

1) vgl. zur Teilgeschäftsunfähigkeit besonders: Gebauer; Die Lehre der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, AcP: 163/332 ff.

2) Zum Stande der Diskussion Gebauer a.a.O. S. 337 ff.

3) Auch in der Rechtswissenschaft ist das Institut der partiellen Geschäftsunfähigkeit umstritten. Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I § 29 II S. 131 lehnt partielle Geistesstörungen ab. Für eine Anwendung des § 105 II BGB: Brunswig, Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken, Bd. I Heft 1 (1902) S. 122 ff.; v. Tuhr, Bd. I S. 407 f; Planck Anm. II, 4 zu § 104; Levis, Zentralblatt f. freiw. Gerichtsbarkeit XIV Jahr. S 249 (265); Lehmann, AT § 28 A II 1c, Enn.-Nipp. Bd. I § 92 II 2. Für eine Anwendung des § 104 Z. 2 BGB: Oertmann, Anm. 3 zu § 104; Staudinger-Coing, Anm. 9 zu § 104; Warneyer Anm. 3 zu § 104; BGB-RGRK Anm. 13 zu § 104; RG Warn. Rspr. 1933 Nr. 91; RG JW 1938, 1590; RGZ 162, 223; OGH 4/66; BGHZ 18/184.

daß eine Teilgeschäftsunfähigkeit bisher nur bei krankhafter Querulanz¹⁾, krankhaftem Eifersuchtswahn²⁾ und bei allen mit einem Eheprozeß zusammenhängenden Angelegenheiten³⁾ anerkannt ist, die Geschäfts- unfähigkeit aber nicht auf besonders schwierige Fälle⁴⁾ beschränkt werden kann. Ob z. B. ein Vertragsinhalt nach seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung von einem Vertragspartner nur schwer oder gar nicht begriffen werden kann, ist für die Anwendung des § 104 Z. 2 BGB ohne Bedeutung, da nicht die intellektuelle Fähigkeit des Verstandes sondern die Freiheit des Willensentschlusses maßgebend ist. Das aber hat die Folge, daß die Einrichtung der partiellen Geschäfts- unfähigkeit im rechtsgeschäftlichen Verkehr kaum eine Bedeutung hat.

3. Saldotheorie

Bisher muß festgestellt werden, daß Rechtsgeschäfte mit unerkant Geisteskranken - von wenigen unbedeutenden Ausnahmen wie lucida intervalla und Teilgeschäftsunfähigkeit abgesehen - nichtig sind. Das bedeutet, daß bereits erfüllte Geschäfte nach Bereicherungsgrundsätzen abzuwickeln sind. Daneben kann, da ja auch die Erfüllungsgeschäfte bei Geisteskranken nichtig sind, der Herausgabeanspruch aus Eigentum, § 985 BGB, bestehen. Bei Geschäften mit in der Geschäfts- unfähigkeit Beschränkten wird das Erwerbsgeschäft des beschränkt Geschäfts- fähigen in der Regel wirksam sein, da er insoweit lediglich

1) RG JW 1906/376; RG Warn.Rspr., 1910 Nr. 309; 1933 Nr. 91;
RG HRR 1934 Nr. 42

2) RG JW 1912, 872; OGH 2, 45; 4, 66

3) BGHZ 18/184

4) BGH NJW 1953/1342; RG Warn.Rspr. 1911 Nr. 164; OGHZ 2, 45;
4, 66, JW 38/1590; BGH NJW 61/261; a.A. OLG Köln NJW 1960/1389

einen rechtlichen Vorteil erlangt. Dann aber steht dem geschäftsfähigen Vertragspartner nur ein Bereicherungsanspruch zu.

Der Ausgleich der beiderseitigen Leistungen gestaltet sich einfach, wenn bei nichtigem Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft das beiderseits Geleistete noch in Natur vorhanden ist. Beiden Parteien steht ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe zu, beide Ansprüche sind gem. § 273 BGB miteinander verknüpft.

Auch dann, wenn nur dem einen der Vertragspartner noch der Anspruch auf § 985 BGB zusteht, während der andere auf den Bereicherungsanspruch angewiesen ist, wird der Eigentümer an der Geltendmachung seines Anspruchs nicht gehindert, selbst wenn der Bereicherungsanspruch der anderen Partei wegen Wegfalls der Bereicherung untergegangen ist¹⁾. Eine verschärfte Haftung nach § 819 Abs. 1 BGB trifft den, gegen den sich in diesem Fall der Bereicherungsanspruch richtet, erst mit Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes. Aber auch bei Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes ist der auf die Geschäftsfähigkeit vertrauende Partner weitgehend schutzlos, denn es kommt nicht auf die Kenntnis des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen sondern auf die des gesetzlichen Vertreters²⁾ an.

1) Weintraud, Die Saldotheorie, S. 2

2) RG JW 1917/465; Soergel-Siebert § 819 Anm. 7 BGB-RGRK § 819 Anm. 3; Staudinger-Seufert, § 819 Anm. 7 und § 105 Anm. 13; RGZ 81/266 Enn.-Leh., Schuldrecht, 15. Aufl. § 227 V 1b. Möglich ist aber in diesen Fällen u.U. eine Haftung aus §§ 828, 829 BGB. Es wird auch eine analoge Anwendung der §§ 828, 829 BGB in Erwägung gezogen. Vgl. v. Soergel-Siebert § 819 Anm. 6, 7 BGB-RGRK § 819 Anm. 3, Staudinger-Seufert § 819 Anm. 7; Palandt § 819 Anm. 2c; Enn.-Leh., Schuldrecht, § 227 V 1b;

Einen gewissen Schutz hat schließlich die Rechtsprechung dem gesunden Vertragsteil aber in den Fällen gewährt, in denen sowohl auf Seiten des Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen als auch auf Seiten ihres Vertragspartners nur aus ungerechtfertigter Bereicherung gehaftet wird. Dies sind die Fälle des Streits zwischen der Zweikonditionen- und der Saldotheorie.

Nach der Zweikondiktionentheorie¹⁾ hat dann, wenn Leistung und Gegenleistung herauszugeben sind, jeder Vertragsteil einen selbständigen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des Erlangten bzw. dessen Wertes nach den Vorschriften des § 818 BGB. Beide Ansprüche werden dabei nur durch Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrechte in Verbindung gebracht.

Dagegen besteht nach der herrschenden Meinung dann, wenn sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen und nicht in Natur zurückgegeben werden können, nur ein Anspruch, nämlich auf den Überschuß - daher der Name Saldotheorie -, also nur zugunsten des einen Vertragsteiles, für den sich bei der Abgleichung der Überschuß ergibt²⁾.

1) v. Tuhr, Bürgerl. Recht, Allgemeiner Teil II 8,358; Oertmann, JW 1918/132, 1919/377 Anm. 4; Schneider, Jherings-Jahrbuch 61/179

2) grundlegend RGZ 54/141; 86/344; 137/336; 163/360; BGHZ 9/333; v. Caemmerer, Bereicherung u. unerlaubte Handlung, in Festschrift für Ernst Rabel Bd. I, S. 333 ff. (386) gesteht der Saldotheorie wohl zu weitgehend den Charakter eines Gewohnheitsrechtes zu; Lehmann, Festschrift für Nipperdey S. 36, Larenz II § 64 II, Esser § 199 Nr. 4

Zur heutigen Diskussion insbesondere: Flume: Der Wegfall der Bereicherung, Festschrift für Hans Niedermeyer S. 103 ff; Lehmann in Enn.-Leh. § 227 III 7

Die Anhänger dieser Theorien streiten sich nicht nur um Konstruktionsfragen, wie sich in dem Fall zeigt, daß die vom Beklagten bewirkte Leistung beim Kläger ersatzlos weggefallen ist. Nach der Zweikonditionenlehre bleibt dann trotzdem ein Anspruch des Klägers, und zwar nur dieser, bestehen. Demgegenüber kommt die Saldotheorie zu dem billigen Ergebnis, daß der Beklagte sich auf seine Gegenleistung berufen kann.

Es soll in diesem Zusammenhang nicht auf das Für und Wider beider Theorien eingegangen werden, es sollen hier nur die zu billigenden oder zu mißbilligenden Ergebnisse dieser Lehren in bezug auf das uns interessierende Problem untersucht werden.

In den Fällen der Nichtigkeit wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit führt die Saldotheorie tatsächlich zu einem gewissen Schutz des gutgläubig mit diesen Personen Kontrahierenden. Als Beispiel dafür diene der in RGZ 32/319 entschiedene Fall: Der Geisteskranke K überbrachte dem Bankier B, der den K für geschäftsfähig hielt, Wertpapiere im Betrage von 11000 Mark und erhielt darauf sofort 3000 Mark ausgezahlt. Daraufhin verschwand K, B zahlte 7482 Mark an den Abwesenheitsvormund, der weitere 3518 Mark gegen B einklagte. Das Reichsgericht hat in diesem Fall die Saldotheorie unausgesprochen angewandt und den B nur auf Zahlung von 518 Mark verurteilt. Der bona fide handelnde Bankier war damit weitgehend geschützt. Diese Rechtsprechung ist auch nach Inkrafttreten des BGB aufrechterhalten worden¹⁾. Ihr folgte auch zum Teil die Literatur²⁾. So schreibt

1) RGZ 32/319; 60/284; 72/62; 86/343; RG JW 1910/283; 1918/132; Gruchot 55/963; Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Saldotheorie: Hanseatisches OLG in BA 1943/40

2) Weintraud a. a. O. S. 97

Scheffler¹⁾ : "Namentlich bei Verträgen mit heimlich Geisteskranken wäre ohne diesen Satz (Saldotheorie) der Geschäftsgegner völlig schutzlos"! Auch Westermann²⁾ läßt in diesen Fällen die Saldotheorie gelten.

Diese Rechtsprechung hat aber gerade in bezug auf das hier interessierende Problem auch starken Widerspruch erfahren. Wie das angeführte Beispiel zeigt, führt die Saldotheorie bei der Nichtigkeit wegen Mängel in der Geschäftsfähigkeit zu einem gewissen Schutz dessen, der auf die Geschäftsfähigkeit vertraut hat. Das bedeutet aber andererseits, daß ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger mehr oder weniger weitgehend an einem unwirksamen Verträge festgehalten wird. Dieses Ergebnis befriedigt aber deshalb nicht, weil es zumindest bei den beschränkt Geschäftsfähigen³⁾ dem Gedanken der §§ 107 ff. BGB, diese Personen vor den nachteiligen Folgen ihres eigenen rechtsgeschäftlichen Handelns zu schützen, zuwiderläuft⁴⁾.

Von den Gegnern der Saldotheorie⁵⁾ wird dieser Widerspruch als ein Hauptargument gegen diese Theorie als Ganzes benutzt.

1) BGB-RGRK Anm. 24 vor § 812

2) Erman, Handkommentar zum BGB 3. Aufl. Bd. I Anm. 5 vor § 104; Henrichs: Der Schutz des gutgläubigen Wechselwerbers, 1962 S. 187, 194 ff.

3) Die Nichtigkeit bei Geschäftsunfähigkeit tritt nicht aus Schutzgründen ein. Sie beruht vielmehr, wie oben gezeigt, auf einem naturrechtlichen Axiom. Dennoch wird man der Nichtigkeit in vielen Fällen eine Schutzwirkung nicht absprechen können.

4) Flume: Der Wegfall der Bereicherung a.a.O., S. 163; Larenz a.a.O. § 25 II b

5) insbesondere Flume a.a.O. und Lehmann

Demgegenüber erkennen die Verfechter¹⁾ dieser Theorie dieses Argument an, verwerfen deshalb aber nicht die ganze Saldotheorie, sondern kehren in den Fällen, in denen die Nichtigkeit auf einem Mangel in der Geschäftsfähigkeit beruht, zur Zweikonditionentheorie zurück. Der BGH hat sich, soweit ersichtlich, zu dieser Frage noch nicht geäußert. Im Ergebnis wird man nach dem Stande der Diskussion in der heutigen Literatur dazu gelangen müssen, bei wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit nichtigen Geschäften nicht die Saldotheorie sondern die Zweikonditionentheorie anzuwenden. Das aber bedeutet, daß sich auch insoweit kein Schutz des gutgläubig mit einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen Kontrahierenden ableiten läßt.

Meines Erachtens wird man die Saldotheorie aber in den Fällen anwenden dürfen, in denen ein Rechtsgeschäft deswegen nichtig ist, weil es ein geschäftsunfähiger Vertreter abgeschlossen hat. Hier kann nämlich nicht mit einem Schutzgedanken der §§ 104 ff. BGB argumentiert werden, da die Rechtsfolgen unmittelbar nur in der Person des Vertretenen entstehen und dieser allein dem Anspruch aus §§ 812 ff. BGB ausgesetzt ist. Dann aber bestehen keinerlei Bedenken gegen eine Anwendung der Saldotheorie, sie führt vielmehr zu dem allein gerechten Ergebnis. Der Vertretene hat für die Handlungen seines Vertreters einzustehen, weil der Vertreter in seiner Sphäre tätig geworden ist. Dieses Risiko dem Geschäftsgegner aufzubürden, wäre unbillig.

4. Anwendung der §§ 823 ff. BGB

Nur in geringem, bei weitem nicht ausreichendem Maße, wird die Härte, die die gesetzliche Regelung im Bereich der Willenserklärungen für den darstellt, der auf die Geschäftsfähigkeit seines Kontrahenten vertraut, gemildert durch die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, § 823 ff. 829 BGB.

1) v. Caemmerer u. Larenz a.a.O.

Diese Bestimmungen geben in gewissen Fällen einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden ist, daß entweder die volle Geschäftsfähigkeit vorgespielt oder aber die Aufklärung über einen Mangel in der Geschäftsfähigkeit pflichtwidrig unterlassen wurde¹⁾. Anders als bei § 104 Z. 3 BGB, der die Geschäftsfähigkeit bei einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit bis zur Aufhebung der Entmündigung auch dann ausschließt, wenn eine Geisteskrankheit irrtümlich angenommen worden oder inzwischen eine Heilung eingetreten ist, ist die Deliktsfähigkeit nicht selbständig durch die Entmündigung ausgeschlossen, es bedarf vielmehr einer besonderen Feststellung, ob der Täter im konkreten Einzelfall in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit gehandelt hat (§ 827 S. 1 BGB).

Aber auch insofern weicht das Recht der unerlaubten Handlungen von der Regelung in den §§ 104 ff. BGB ab, zum einen, als jeder, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, bereits voll verantwortlich ist (§ 828 Abs. II BGB), zum anderen, als § 828 Abs. II BGB für Minderjährige zwischen sieben und achtzehn Jahren nicht eine starre Regelung trifft wie die §§ 107 ff. BGB, sondern auf den Einzelfall abstellt, ob der Minderjährige die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat²⁾.

Der für das Problem dieser Arbeit interessanteste Unterschied zwischen dem Recht der unerlaubten Handlungen und dem Recht der Willenserklärungen ist der, daß aus Billigkeitsgründen unter den Voraus-

1) vgl. RGZ 85/293; RG JW 1912/24

2) Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 1954, S. 230

setzungen des § 829 BGB für den für seine Handlungen nach §§ 827, 828 BGB nicht Verantwortlichen eine Ersatzpflicht besteht, während Gesichtspunkte der Billigkeit in den §§ 104 ff. BGB nicht berücksichtigt werden. Meines Erachtens ist diese unterschiedliche Regelung sachlich nicht gerechtfertigt, sie erscheint vielmehr rein willkürlich, wenn man den von Breit¹⁾ gebildeten Fall vor Augen hat: "Der unerkennbar Geistesranke geht in einen Antiquitätenladen und zerschlägt dort absichtlich eine kostbare Miniatur. Alsdann haftet er auf angemessenen Schadensersatz. Wenn dagegen derselbe Geistesranke die Miniatur kauft und alsbald dem ersten besten, der ihm auf der Straße begegnet, schenkt, so steht dem Verkäufer ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nicht zu, weil ja der Vertrag nichtig ist. Die Bereicherung des Geisteskranken ist mit der Fortgabe der Miniatur weggefallen. Der Verkäufer hat aber auch endlich keinen Anspruch auf Zahlung auch nur einer Mark Schadensersatz, weil es sich unglücklicherweise um einen rechtsgeschäftlich zugefügten Schaden handelt."

Es zeigt sich somit zusammenfassend, daß die oben besprochenen Bestimmungen aus dem Recht der unerlaubten Handlungen in manchen Fällen einen Schutz für die gutgläubig auf die Geschäftsfähigkeit Vertrauenden darstellen. Von besonderer praktischer Bedeutung sind sie jedoch nicht. Es ist daher verständlich, wenn im Schrifttum nach weiteren Möglichkeiten gesucht wurde, dem geforderten Vertrauensschutz durch Auslegung oder analoge Anwendung der §§ 105, 122, 829 BGB eine Rechtsgrundlage zu verschaffen.

1) Schutz der Banken gegen Geistesranke durch Geschäftsbedingungen
BA XI S. 140 ff. (141)

5. Auslegung des § 105 BGB

Zunächst versucht Danz¹⁾, durch eine Auslegung des § 105 BGB zu einem billigen Ergebnis zu gelangen. Er ging davon aus, daß § 105 BGB lediglich den Schutz der Geisteskranken bezwecke. Dann aber genüge es, den Geisteskranken nur "insoweit in Schutz zu nehmen, als er in dem konkreten Rechtsgeschäft durch den Mangel an Überlegung wegen seines krankhaften Zustandes anders disponiert hat, als ein verständiger, gesunder Mann disponiert haben würde."²⁾ Danach soll die Nichtigkeit nur dann eintreten, wenn der Geisteskranke ersichtlich unter dem Einfluß seiner Krankheit gehandelt hat. Vor allem verlangt er aber dann die Gültigkeit des Geschäftes, wenn die Nichtigkeit dem Geisteskranken schaden würde, (z.B. bei einer Schenkung an einen Geschäftsunfähigen).

Diese Auslegung hat de lege lata eine entschiedene Ablehnung erfahren³⁾. Das Reichsgericht und mit ihm die heute absolut herrschende

1) JW 1913/1016 ff.

2) JW 1913/1016 ff. (1019)

3) RG Gruchot 60/118; RGZ 120/170 ff. (174) so auch Enn.-Nipp. Bd. I § 150 Anm. 5; Püschel JW 1914/564 ff. (566) und auch die Kommentare.

Zustimmend zu Danz: Egger a.a.O. S. 723; Grunswig a.a.O. S. 140 ff; Krückmann, Schädigung der Geschäftstreibenden durch Geisteskranke, Recht 1913 Sp. 419 ff. und BA XIII S. 188 ff. will dem Geisteskranken in gewissen Fällen zum Schutz des Gegners "Rechtsbesitz" an der Rechtsstellung eines geistig Gesunden erteilen, so daß er demjenigen gegenüber, der längere Zeit mit ihm in Geschäftsverbindung gestanden habe, als voll Geschäftsfähiger zu behandeln sei. Homburger: Zur Geschäftsfähigkeit Geisteskranker, BA X S. 369 legt § 105 BGB dahin aus, daß Nichtigkeit der Geschäfte nur dann eintritt, wenn die Krankheit dem Gegner erkennbar gewesen sei.

Meinung¹⁾ erkennen die Unbilligkeit der gesetzlichen Regelung an, berufen sich aber darauf, daß die Vorschrift des § 105 BGB keineswegs lediglich den Schutz der Geschäftsunfähigen bezwecke, sondern auf dem althergebrachten Rechtssatz beruhe, daß dem Willen eines Kindes oder eines ihm gleichstehend anzusehenden Geisteskranken Bedeutung für das Rechtsleben nicht zukomme²⁾. Das Reichsgericht sieht eine Möglichkeit der Abänderung dieser Rechtsfolge der Nichtigkeit nur in einer Änderung des Gesetzes durch den Gesetzgeber. Ob der Gedanke von Danz in einer künftigen Rechtsordnung Verwendung finden mag, soll hier nicht entschieden werden³⁾, ein Vorschlag zur Änderung des Gesetzes ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

6. Analoge Anwendung des § 122 BGB

Wenn de lege lata schon an dem Grundsatz der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger und zum Teil auch der beschränkt Ge-

1) RG Gruch 60 / 118 ff; Staud.-Coing

§ 105 Anm. 7; Lehmann AT 15. Aufl. S. 187; Danz JW 1913/1016 ff; Reichel JW 1914/121; Homburger BA X S. 369; Egger a. a. O.

S. 711 ff; Friedländer DJZ 1930/1492; Gerstberger Gruch. 71/1 ff; Rümelin a. a. O. S. 10 ff; Brandt, Verkehrssicherheit und Geschäftsfähigkeit.

2) vgl. Motive I, 129, 130; Wolff: Die "moderne Art der Rechtsprechung", JW 1914/121 ff. (122). Aus dem gleichen Grunde muß auch die Ansicht Reichels (Prager Jur. Zeitschr. 23/38) abgelehnt werden, wonach Geschäfte von Geisteskranken nur dann nichtig seien, wenn zwischen Geisteskrankheit und Geschäftsabschluß ein Motivationszusammenhang bestehe.

3) vgl. dazu Gerstberger a. a. O. Gruchot 71/1 (15) ff.

schäftsfähigen festgehalten werden muß, so ist doch versucht worden, dem gutgläubigen Vertragspartner wenigstens einen schuldrechtlichen Anspruch auf Ausgleichung zu geben. So ist schon im Jahre 1905 eine Anlehnung an die Vorschriften über das negative Vertragsinteresse (§§ 122, 179, 307 BGB) vorgeschlagen worden. Nach Kühlenbeck¹⁾, sind diese Vorschriften Ausdruck des gemeinrechtlichen²⁾ Grundsatzes, daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (Vertrauensinteresse) erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte. Dieser Grundsatz hat zwar Eingang in das BGB gefunden, jedoch nur in beschränktem Maße³⁾, in § 122 BGB z.B. nur für die Fälle, in denen das Geschäft wegen Nichternstlichkeit von Anfang an nichtig ist und in denen es wegen eines Geschäftsirrtums angefochten und deshalb nichtig ist, und zwar unabhängig von der Frage, ob ein Verschulden des Erklärenden vorliegt oder nicht⁴⁾. Zur Ausdehnung dieses Grundsatzes auf die Nichtigkeit wegen Geisteskrankheit müßten Normzweck und Interessenlage auch diesen Fall decken, es müßten also Fälle des Irrtums Fällen der Geisteskrankheit gleichzusetzen sein. Im

1) Zum Schadensersatzanspruch aus Geschäftsabschlüssen mit heimlich Geisteskranken, BA V, 285 (286), mit weiteren Nachweisen, und DJZ 1905/1142 ff.

Für eine analoge Anwendung auch Jung, Recht und Wirtschaft 1912/434 ff.; Krückmann a.a.O. Sp. 420

Dagegen: Leonhard BA V, 153; VIII 143, Breit BA XI 140;

Rümelin a.a.O. S. 62

2) vgl. Windscheid-Kipp. Pand. II 9. Aufl. § 307 Note 5

3) gegen eine Verallgemeinerung Klein, DJZ 1906/596 und Seuff. Bl. 72/140 ff.

4) Enn.-Nipp. Bd. II § 171 I

Fälle des § 122 BGB handelt es sich aber um Erklärungen, die einem an sich gesunden Willen entspringen und nur wegen bestimmter, nicht in der Natur des Willens liegender Mängel ungültig werden können, während hingegen bei Geisteskranken die freie Willensbestimmung an sich ausgeschlossen ist¹⁾. Rümelin²⁾ weist mit Recht darauf hin, daß Scherzerklärungen und Irrtümer an sich vermeidbare Dinge sind, während die Geisteskrankheit eben eine unbeeinflussbare Krankheit ist. Irren und Irresein sind zwei grundsätzlich verschiedene Dinge. Ein weiteres Argument gegen eine analoge Anwendung ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber, der den Streit um den gemeinrechtlichen Grundsatz kannte, nicht solch eine kasuistische Regelung getroffen hätte, wenn er dem Grundsatz eine allgemeine Geltung hätte zuerkennen wollen³⁾. Aus diesen Gründen lehnt die absolut herrschende Meinung auch heute eine analoge Anwendung des § 122 BGB für die Fälle der Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit ab⁴⁾.

7. Analoge Anwendung des § 829 BGB

Schließlich ist ein gerechter Ausgleich der Interessen auch durch eine analoge Anwendung des § 829 BGB nicht möglich, obwohl es von der Sache her nicht gerechtfertigt erscheint, einen Geschäftsunfähigen zwar aus Billigkeitsgründen für einen deliktischen Schaden, nicht aber für einen rechtsgeschäftlich zugefügten Schaden haften zu lassen.

1) Gerstberger a. a. O. S. 10; Simon a. a. O. S. 293

2) a. a. O. S. 63

3) Klein a. a. O.; Puschel JW 1914/567

4) Enn. + Nipp. a. a. O. I § 150 Anm. 5; Staud.-Coing § 105 Anm. 3 und § 122 Anm. 13

Obwohl die Interessen in beiden Fällen gleich sind, ist eine Analogie dennoch nicht zulässig. Das ergibt sich einmal aus der systematischen Stellung des § 829 BGB im Recht der unerlaubten Handlungen, zum anderen daraus, daß diese Bestimmung ausdrücklich nur auf die §§ 823 bis 826 Bezug nimmt. Der wichtigste Grund aber, der gegen eine Analogie spricht, ist der, daß § 829 BGB bereits eine Ausnahmegesetzvorschrift ist, die sich nur schwer in die Systematik des Rechts der unerlaubten Handlungen einordnet, deshalb aber auch auf die in ihr ausdrücklich angesprochenen Fälle beschränkt bleiben muß¹⁾.

Zusammenfassend kann an dieser Stelle gesagt werden, daß bei dem Großteil der Fälle, in denen Geschäfte mit unerkannt Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen getätigt werden, der gutgläubig auf die Geschäftsfähigkeit vertrauende Vertragspartner das Risiko des nichtigen Geschäftes trägt. Praktisch hat der Grundsatz des Vertrauensschutzes keinen Eingang in das Recht der Mängel in der Geschäftsfähigkeit gefunden.

III. Der Schutz des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit im Wertpapierrecht

Im Recht der Wertpapiere dagegen hat das Prinzip des Vertrauensschutzes, wenn auch hier nur in beschränktem Maße, eine Ausweitung zu Lasten der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen erfahren. Die Ursache dafür, daß die sonst so starre einseitige Regelung im Wertpapierrecht durchbrochen wird, soll hier untersucht werden, da sich daraus Anhaltspunkte dafür ergeben könnten, ob der Gesetz-

1) vgl. für viele: Staud.-Coing § 105 Anm. 7 und Heinsheimer AcP

geber bei diesen Geschäften, die in großem Maße über Kreditinstitute abgewickelt werden, eine andere Bewertung der Interessenlage im Konflikt zwischen Kreditinstituten und ihren nicht voll geschäftsfähigen Kunden vorgenommen hat.

1. §§ 793, 808 BGB

Auf eine erste Durchbrechung stoßen wir in § 793 BGB, also bei den Inhaberschuldverschreibungen. Nach § 793 Abs. 1 S. 2 BGB befreit auch die Leistung des Ausstellers an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber. Streitig ist, ob der Schuldner auch durch die Leistung an einen geschäftsunfähigen oder geschäftsbeschränkten Inhaber befreit wird. Die herrschende Meinung¹⁾ beruft sich auf den Grundgedanken des § 793 BGB, wonach der Aussteller mit Sicherheit an jeden Papierinhaber zahlen können solle. Diese Sicherheit erfordert es, daß der Aussteller nicht nur von der Prüfung der materiellen Berechtigung befreit sondern auch von der Prüfung der Verfügungsfähigkeit entbunden sein muß.

Das aber bedeutet, daß in § 793 BGB der Vertrauens- oder Verkehrsschutz gegenüber den Grundsätzen der Privatautonomie und des

1) Gierke, Otto: Einlösung von Inhaberpapieren durch Geschäftsunfähige, DJZ 1905/92 ff; Enn.-Leh. § 210 III 2; Ulmer, Recht der Wertpapiere S. 125; Larenz II S. 329; Staudinger-Kober § 793 Anm. 18; BGB-RGRK § 793 Anm. 16; Soergel-Erdsiek-Mühl § 793 Anm. 11; Palandt § 793 Anm. 4; Weimar JR 59/218; Hueck: Recht der Wertpapiere 9. Aufl. S. 113; Rehfeld: Wertpapierrecht 7. Aufl. S. 10; Locher: Das Recht der Wertpapiere § 9; a. A.: Oertmann DJZ 1904/1127 ff; Heck: Grundriß des Schuldrechts S. 406

Schutzes der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen eine von der allgemeinen Regelung abweichende Ausweitung erfahren hat. Jedoch muß bemerkt werden, daß der Vertrauensschutz nur in Richtung auf den Schuldner, den Aussteller erweitert worden ist. So kann sich vor allem nicht der Ersterwerber und jeder weitere Erwerber auf den guten Glauben an die Geschäftsfähigkeit seines Vertragspartners, von dem er das Inhaberpapier erworben hat, berufen. Der Besitz der Urkunde legitimiert nicht den Inhaber jedem Dritten gegenüber als Verfügungsfähig. Diese Legitimation gilt vielmehr nur zugunsten des Ausstellers.

Da es jedenfalls bisher noch keine typische Tätigkeit der Kreditinstitute ist, Inhaberschuldverschreibungen auszustellen, typisch für diese Institute vielmehr nur der Handel mit diesen Papieren ist, kann aus § 793 BGB keine besondere Rücksichtnahme speziell auf die Interessen der Kreditinstitute entnommen werden.

Ob dagegen im Sparverkehr der Kreditinstitute mit geschäftsunfähigen bzw. beschränkt geschäftsfähigen Kunden ein vorrangiges Schutzbedürfnis der Kreditinstitute anerkannt ist, ist streitig. Der Sparverkehr ist in § 808 BGB gesetzlich geregelt und zwar unter dem Titel Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Die Einordnung unter diesen Titel allein rechtfertigt noch keineswegs die Anwendung aller in bezug auf die Inhaberschuldverschreibung anerkannten und oben dargestellten Grundsätze. Hier ist vielmehr genauer zu differenzieren. Die Legitimationskraft der Inhaberschuldverschreibung wirkt zugunsten des Schuldners und auch zugunsten des Inhabers des Papieres, d.h., der Inhaber kann, ohne daß er seine Berechtigung zu beweisen brauchte, Leistung verlangen, während der Schuldner auch durch

Leistung an einen nichtberechtigten Inhaber befreit wird¹⁾. Die Ausdehnung dieser Legitimationswirkung auch auf den nicht verfügungsfähigen Inhaber ist deshalb berechtigt, weil der Schuldner sich wegen der Legitimationsfunktion zugunsten des Inhabers in einer Zwangslage befindet. Zum anderen hat diese Ausdehnung ihre Berechtigung auch in der Umlaufsfunktion des Inhaberpapiers. Anders ist es jedoch bei den hinkenden Inhaberpapieren oder besser qualifizierten Legitimationspapieren des § 808 BGB, zu denen auch die Sparbücher zählen.

Aufgabe der Kreditinstitute ist u. a. die rasche und flüssige Abwicklung des Sparverkehrs²⁾. Aus dieser wirtschaftlichen Notwendigkeit³⁾ ist es zu erklären, daß nach § 808 BGB der Schuldner auch bei Leistung an einen nichtberechtigten Inhaber eines Sparbuches befreit wird. Jedoch kann diese Legitimationswirkung nicht mit der Umlaufsfunktion oder einer Zwangslage, wie sie bei den Inhaberpapieren besteht, begründet werden. Das Sparbuch ist kein Umlaufpapier, es legitimiert auch nicht zugunsten des Inhabers. Der Inhaber eines qualifizierten Legitimationspapiers ist vielmehr verpflichtet, seine Berechtigung auf Verlangen nachzuweisen, wenn er seine Forderung geltend macht.

Da beim qualifizierten Legitimationspapier die Gründe nicht gegeben sind, die zur Anwendung des § 793 Abs. 1 S. 2 BGB in jeder Konsequenz führen, kann auch für Sparbücher nicht ohne weiteres auf § 793 Abs. 1 S. 2 BGB und die dazu entwickelten Grundsätze verwiesen werden, wie es ein Teil der Literatur tut⁴⁾. Vielmehr ist auf die all-

1) natürlich nur in den Grenzen des § 242 BGB

2) BGHZ NJW 59/622

3) RGZ 89/401 ff (403)

4) so aber Dunz, Jus 62/139; Weimar JR 59/218 (219); Hildebrandt, Wertpapierrecht, Allgemeiner Teil S. 23; Schaarschnitt Bickel a.a.O. S. 89/90; Otto Gierke DJZ 1905/92 (98 f.); Trost-Schütz a.a.O. S. 165

gemeine Interessenregelung der §§ 104 ff. BGB zurückzugreifen, wonach Verkehrs- und Vertrauensschutzgedanken aber nicht berücksichtigt werden¹⁾.

Diese hier vertretene Auffassung führt aber nun nicht dazu, daß alle Auszahlungen von Sparguthaben an nichtvoll Geschäftsfähige unwirksam sind. So ist z. B. das aus erzieherischen Gründen wichtige Schulsparen weiterhin ohne großes Risiko der Kreditinstitute möglich, denn der Geschäftsbeschränkte kann über das Guthaben, das er durch Einzahlung von zur freien Verfügung stehenden Beträgen erlangt hat, auch wirksam verfügen, § 110 BGB. Das gleiche gilt für die Fälle der §§ 112 und 113 BGB.

Nach herrschender und richtiger Ansicht läßt sich die Wirksamkeit einer Auszahlung an einen beschränkt Geschäftsfähigen auch damit nicht begründen, daß der Geschäftsbeschränkte lediglich einen rechtlichen Vorteil durch die Auszahlung an ihn erlangt. Die Annahme einer geschuldeten Leistung bewirkt nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil im Sinne des § 107 BGB, denn durch eine wirksame Annahme würde gleichzeitig die Forderung untergehen²⁾. Es muß somit festgestellt werden, daß nicht einmal bei einer Spezialvorschrift für Kreditinstitute

1) so auch Schumann: Spargeschäft, Sparguthaben und Sparbuch in Rechts-theorie und Praxis S. 31; Perdelwitz-Fabricius-Kleiner: Das preußische Sparkassenrecht, 2. Aufl. S. 272. So auch wohl diejenigen, die eine Ausdehnung des Art. 16 Abs. II WG auf Mängel in der Geschäftsfähigkeit ablehnen. Vgl. dazu unten S. 53
Die Rechtsprechung hat zu diesem Problem noch keine Stellung bezogen. BGHZ NJW 59/622 (623) läßt die Frage ausdrücklich offen.

2) So jetzt auch entgegen Voraufgabe

Staudinger-Coing § 107 Anm. 7; BGB-RGRK § 107 Anm. 6;
Soergel-Seydel § 107 Anm. 1 u. 2; Erman-Westermann § 107
Anm. 3

- § 800 BGB - ein besonderes Schutzbedürfnis dieser Institute gegenüber den Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen durch den Gesetzgeber anerkannt worden ist.

2. Wechsel- und Scheckrecht

Den weitestgehenden Verkehrsschutz, auch gegenüber Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen, gewähren das Wechselgesetz und das Scheckgesetz. Und doch geht das Verkehrsschutzinteresse nicht soweit, daß die nicht voll Geschäftsfähigen aus einem von ihnen ausgestellten, angenommenen oder indossierten Wechsel oder Scheck verpflichtet würden. Die Kreditinstitute werden so z. B. durch die Einlösung eines von einem nicht Geschäftsfähigen angenommenen Wechsels oder von einem nicht Geschäftsfähigen ausgestellten Schecks nicht befreit. Es ist also auch insoweit kein vorrangiges Schutzbedürfnis der Kreditinstitute anerkannt.

Anders als beim Sparbuch, aber wie beim Inhaberpapier äußert der Wechsel eine Legitimationswirkung, die sowohl zugunsten des Inhabers als auch zugunsten des Schuldners wirkt, wenn der Schuldner bei Verfall zahlt, Art. 40 Abs. III WG. Es ist herrschende Meinung, daß in diesen Fällen die Legitimation auch bei Mängeln in der Geschäftsfähigkeit wirkt¹⁾. Die Zwangslage, die für den Schuldner bei Verfall des Wechsels besteht, rechtfertigt diese Ausdehnung des Verkehrsschutzes gegenüber den Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen.

1) Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz Art. 40 Anm. 7; Hueck, Wertpapierrecht S. 66; Schumann, Handelsrecht Bd. II S. 616; Henrichs a. a. O. S. 189; Ulmer a. a. O. § 25; Staub-Stranz, WG 1934 Art. 40 Anm. 14; a. A. Locher a. a. O. S. 111

Im Unterschied zu den Inhaberpapieren und Sparbüchern wird nach herrschender Meinung¹⁾ der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit auch beim Erwerb des Wechsels oder Schecks von einem nicht bzw. beschränkt Geschäftsfähigen geschützt (Art. 16 Abs. II WG, Art. 21 SchG). Zwar folgt aus dieser Ansicht nicht, daß ein Indossament des Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen diesen auch verpflichtet, es wird vielmehr nur der Erwerb bereits bestehender verbriefter Rechte begründet.

Diese Ausdehnung ist insofern berechtigt, als anders als bei den Inhaberpapieren die Legitimation nicht nur auf dem Besitz des Papiers beruht, sondern sich noch zusätzlich aus der ununterbrochenen Kette von Indossamenten ergibt. Die darauf beruhende Umlaufsfunktion berechtigt zu dieser dem Verkehrsschutz günstigen Auslegung²⁾. Zum anderen handelt es sich beim Wechselgesetz zwar um ein deutsches Gesetz, aber praktisch ist es nur eine Übersetzung des Genfer Abkommens, trägt damit internationalen Charakter und läßt daher auch Gedanken in das deutsche Recht eindringen, die diesem sonst fremd sind. Eine Verallgemeinerung dieser Gedanken ist daher nicht angebracht.

1) Baumbach-Hefermehl a. a. O. Art. 16 Anm. 10; Rehfeldt a. a. O. S. 58; Staub-Stranz a. a. O. Art. 16 Anm. 19; Ulmer a. a. O. S. 237 Lux ZHR 16. Beiheft 1939 S. 68 ff; Henrichs a. a. O. S. 175 ff; Rilk JZ 1937/1414 u. a. m. vgl. Henrichs a. a. O. S. 175 Anm. 1. So auch für Scheck BGHZ NJW 1951/402/598; Wechselrecht S 59 f, Locher a. a. O. S. 110; Schumann, Handelsrecht IV S 587, u. a. m. siehe Henrichs a. a. O. S. 175 Anm. 1. am Ende

2) Baumbach-Hefermehl Art. 16 Anm. 10

Es sind also dem Wechsel- und Scheckrecht eigentümliche Gründe, die den beschränkten Schutz des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit rechtfertigen. Es lassen sich aber keine Anhaltspunkte dafür finden, daß der Gesetzgeber wegen der besonderen Interessenlage der Kreditinstitute von der allgemeinen Regelung abweichen wollte.

IV. Darstellung der unbefriedigenden gesetzlichen Regelung an Hand praktischer Fälle

Im Geschäftsleben, besonders in der Bankpraxis, hat diese oben geschilderte gesetzliche Regelung, die kaum, ja man kann fast sagen keinerlei Maßnahmen zum Schutze des Rechtsgeschäftsverkehrs vorgesehen hat, in einer Reihe von Fällen zu erheblichen Schädigungen der Vertragspartner geführt, die gutgläubig auf die Geschäftsfähigkeit ihrer Kontrahenten vertraut haben. Die Härte der gesetzlichen Regelung und die Berechtigung der Wünsche der Wirtschaft sollen nun an Hand zweier praktischer, in der Rechtsprechung entschiedener Fälle dargestellt werden, an denen Kreditinstitute¹⁾ beteiligt waren. Der wohl am meisten besprochenen Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde²⁾.

"Ein Kaufmann befand sich auf einer Reise, als bei ihm Anzeichen einer beginnenden Verschwendungssucht auftraten. In einem Anfall geistiger Umnachtung ließ er sich telegraphisch von seiner Bank

1) BA XII/158 ff, 282 ff. (284). Vgl. für andere Wirtschaftskreise: Bernstein; Rechtsgeschäfte unerkennbar Geisteskranker II JW 1914/1015 ff, Flechtheim, BA XIII/187 ff; BA XII, 282 ff.

2) Die Entscheidung des RG ist nicht veröffentlicht, sie wird von Breit BA XI 140, Jung a.a.O. 1912/434; Simon JW 1913, 291 und Rümelin a.a.O. S. 55 besprochen. Der Sachverhalt wird hier wörtl. von Brandt a.a.O. S. 2 übernommen.

4000 M aus seinem Kontokorrentguthaben überweisen, die er in unsinniger Weise verschwendete. Nach seiner Rückkehr wurde er entmündigt. Der Vormund machte die Nichtigkeit des Überweisungsauftrages gemäß §§104 Z. 2, 105 Abs. I BGB geltend. Nach der Entscheidung des Gerichts war die Bank nicht berechtigt, das Konto des Kunden mit 4000 M zu belasten. Die Bereicherungsklage hatte wegen des Fortfalls der Bereicherung keine Aussicht auf Erfolg. Die Bank verlor mithin die ganze Summe".

Bei der zweiten Entscheidung¹⁾ "hatte der Kläger eine Kautio in Wertpapieren an einen latent geisteskranken Gutsbesitzer gegeben, als er bei diesem als Inspektor eintrat. Der Gutsbesitzer hatte die Papiere unberechtigterweise an die beklagte Bank und diese an einen Dritten veräußert, jeweils gegen Kasse. Das Reichsgericht verurteilte die Bank zur Herausgabe des erzielten Erlöses nach § 816 BGB und führte im weiteren aus, daß die Beklagte einerseits durch Zahlung des Kaufpreises an den geschäftsunfähigen Gutsbesitzer, der ihr kein Eigentum an den Papieren verschafft habe, einen Verlust erlitten, andererseits aber durch die Veräußerung der Papiere, die gemäß § 932 BGB durch den guten Glauben des Erwerbers wirksam sei, einen Gewinn gemacht habe. Da beide Vorgänge rechtlich gesondert zu betrachten seien, müsse die Bank den durch die unberechtigte, dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung erzielten Gewinn dem Kläger herausgeben. Gleichzeitig wurde in dem Urteil festgestellt, daß der bezahlte Kaufpreis im Vermögen des Geisteskranken nicht mehr vorhanden und daher mit der Bereicherungsklage nicht wiederzuerlangen war. Auch in diesem Falle trug die Bank ohne jedes eigene Verschulden den ganzen Schaden".

1) Brandt a.a.O. S. 2; RG BA X S. 172; vgl. auch Egger a.a.O.S. 711; Jung a.a.O. S. 434

V. Abhilfeversuche des Bankgewerbes

Diese beiden Beispiele lassen deutlich erkennen, daß nicht nur Geschäftsunfähige bzw. beschränkt Geschäftsfähige eines Schutzes bedürfen, daß vielmehr ein Ausgleich der Interessen der nicht oder nur beschränkt Geschäftsfähigen einerseits und der hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit gutgläubigen Vertragspartner andererseits erfolgen muß. Da das geltende Recht diesen Ausgleich nicht herzustellen vermag, ja nicht einmal einen Versuch dazu unternommen hat, ist es verständlich, wenn der Centralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes durch eine Eingabe¹⁾ vom 18. 5. 1905 beim Reichsjustizamt eine Gesetzesänderung verlangte.

1) abgedruckt in BA V 153 Anm. 1: "In einer Reihe jüngst zur Verhandlung gelangter Prozesse hat es sich gezeigt, daß die §§ 104, 105 des BGB im Interesse der Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs insofern einer Modifikation bedürfen, als der bestehende Rechtszustand erhebliche und ungerechtfertigte Vermögensnachteile für denjenigen nach sich zieht, welcher mit einer anscheinend geistig völlig gesunden, in Wahrheit aber geistig erkrankten Person im Vertrauen auf ihre unbeschränkte Geschäftsfähigkeit Rechtsgeschäfte abschließt. Besonders betroffen wird von diesen Gefahren das Bankkommissionsgeschäft, weil das Gesetz es gegenwärtig dem Vormund oder den Erben des in Geisteskrankheit verfallenden Kommitenten ermöglicht, durch Geltendmachung der Nichtigkeit des erteilten Auftrages gemäß §§ 104, 105 BGB die Nachteile einer mißglückten Spekulation auf den Kommissionär abzuwälzen, welcher letzterer ja in jedem Fall dem Dritten gegenüber gebunden bleibt. Unseres Erachtens können die hier in Rede stehenden Mißstände ohne Beeinträchtigung irgendeines Grundprinzips des BGH, insbesondere ohne Abänderung des Wortlauts der §§ 104, 105 des BGB beseitigt werden; es würde hierzu die weitere Ausbildung und Durchführung eines im (Forts. s. S. 57)

Aufgrund dieser Eingabe kam es im Reichstag zwar zu längeren Diskussionen¹⁾, aber nicht zu der gewünschten Gesetzesänderung. Die Banken schritten deshalb zur Selbsthilfe.

1912 schlug Breit²⁾ die Aufnahme folgender Klausel in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken vor:

(Forts. Fuß. 1) S. 56)

Gesetze bereits enthaltenen Rechtsgedankens vollkommen genügen. § 122 BGB bestimmt für einige dort aufgeführte Spezialfälle, daß derjenige, welcher eine ungültige Willenserklärung abgegeben hat, falls der Grund der Ungültigkeit in seiner Person liegt, dem anderen Teil zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den er dadurch, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraute, erlitten hat. Denselben Anspruch auf Erstattung des negativen Vertragsinteresses müßte unseres Erachtens das Gesetz billigerweise auch demjenigen zugestehen, welcher mit einem Geisteskranken, den er für geistig gesund halten durfte, kontrahiert hat: Der Grundsatz: "ohne Verschulden keine Schadensersatzpflicht" ist vom Gesetz ja bereits in den §§ 122 und 829 mit Rücksicht auf die Anforderungen der Billigkeit und die Bedürfnisse des Verkehrs durchbrochen worden; die gleichen Rücksichten verlangen unseres Erachtens analoge Behandlung des hier zur Sprache gebrachten Falles.

Eure Exellenz bitten wir deshalb ganz ergebenst, die Vorbereitung eines Gesetzentwurfes, nach welchem im § 122 BGB zwischen die Worte "nach" und "§ 118" die Worte "§ 104 Ziffer 2, § 105 Abs. II oder" einzufügen wären, hochgeneigtest in Erwägung ziehen oder, falls die Einbringung einer derartigen Vorlage zur Zeit nicht als tunlich erscheinen sollte, unserer Anregung bei einer späteren Revision des BGB stattgeben zu wollen."

1) vgl. Reichstagssitzungen am 10.2.1913 (stenographischer Bericht S. 3628 ff. (auch BA 13/158 ff.) und am 16. - 19.2.1914 (S. 7376 C, 7392 A, 7394 B, 7435 A, 7463 A, 7466 C) dazu auch BA XIII 185 ff.

2) BA XI 140 ff. (142).

"Sollte der Kontoinhaber während der Dauer der Geschäftsverbindung die Fähigkeit zur Abgabe rechtsverbindlicher Willenserklärungen infolge Geisteskrankheit oder Stellung unter Vormundschaft verlieren, so ist er der Bank zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet, den sie durch die unverschuldete Unkenntnis von der Rechtsunwirksamkeit seiner Willenserklärung erleiden sollte".

Diese Klausel tauchte in etwas abgewandelter Form zunächst in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Dresdener Bank auf, fand dann langsam Eingang in andere Allgemeine Geschäftsbedingungen und wurde schließlich im Jahre 1935 in das von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe ausgearbeitete Formular aufgenommen¹⁾. Im Jahre 1957 übernahmen sie auch die öffentlichen Sparkassen und Girozentralen. Der übereinstimmende Wortlaut ist bereits auf Seite 1 dieser Untersuchung abgedruckt.

Nachdem die gesetzliche Regelung des Rechts der Mängel in der Geschäftsfähigkeit ausführlich dargelegt wurde, gilt es nun, die oben genannte Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute auf ihre rechtliche Brauchbarkeit und Zulässigkeit hin zu überprüfen.

Drittes Kapitel

Die Klausel als Gegenstand eines Individualvertrages

Als erstes stellt sich die Frage, ob die Klausel zum Gegenstand eines Individualvertrages gemacht werden kann. Diese Frage ist insofern berechtigt, als die Grenzen, die einer Parteivereinbarung gesetzt sind, bei Individualverträgen weiter gezogen sind als bei den kollektivistischen Regelungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

1) vgl. dazu Haupt a. a. O. S. 64

Individualverträge benötigen dort gewisse Grenzen, wo das Gleichgewicht der Parteien in besonders starkem Ausmaß gestört ist und eine Partei diese Machtposition ausnützt. Die Grenzen für Individualverträge bestehen daher in den §§ 134, 138 und 826 BGB und in den zwingenden Normen, die der Gesetzgeber bei all den Rechtsverhältnissen gesetzt hat, bei denen mit einer ungleichen Machtlage allgemein zu rechnen ist¹⁾. Im übrigen geht der Gesetzgeber davon aus, daß die gegensätzlichen Interessen der Vertragsschließenden zu einem Ausgleich führen, so daß ein Vertrag eine materiale Richtigkeitsgewähr in sich trägt²⁾. Demgegenüber werden die AGB einseitig aufgestellt; für sie spricht folglich keine unbedingte Gewähr der Richtigkeit. Da ein Interessenausgleich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen selten erfolgt, sind auch engere Grenzen für ihre inhaltliche Kontrolle erforderlich als bei Individualverträgen. Aus diesem Wesensunterschied folgt, daß das, was zulässigerweise zum Inhalt eines Individualvertrages gemacht werden kann, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der rechtlichen Wirksamkeit entbehren kann³⁾. Umgekehrt kann aber das, was schon als Inhalt eines Individualvertrages unzulässig ist, nicht Gegenstand Allgemeiner Geschäftsbedingungen sein.

Im folgenden soll daher zunächst überprüft werden, ob die Klausel bereits die weiteren, für Individualverträge bestimmten Schranken

-
- 1) Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag Bd. I S. 143
 - 2) Schmidt-Rimpler, AcP 147 S. 130 ff. und Festschrift für Nipperdey S. 1 ff.
 - 3) vgl. v. Caemmerer JZ 53/97 ff. (99); Enn.-Nipp. AT. II. Bd. § 163 VI 4; Flume, AT § 37, 2; Raiser AGB S. 293 ff; Lukes NJW 63/1897

überschreitet. Ist das nicht der Fall, bleibt zu untersuchen, ob die Klausel im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sich auch in den hierfür gezogenen engeren Grenzen hält.

Der Bundesgerichtshof hat die Frage der Zulässigkeit der Klausel zunächst offen¹⁾ gelassen, sich in einer späteren Entscheidung²⁾ ohne Begründung für ihre Wirksamkeit entschieden. In der Literatur hat die Diskussion noch zu keinem Ergebnis geführt, zumal sich die Autoren meist ohne Begründung der einen oder anderen Ansicht angeschlossen haben.

Im wesentlichen werden folgende Argumente vorgebracht:

Die Klausel verstößt gegen die guten Sitten³⁾; es fehlt ihr an der Bestimmtheit und Übersehbarkeit der übernommenen Belastung⁴⁾, die Klausel ist zwar in die Form eines Schadensersatzanspruches gekleidet, in Wahrheit aber schaltet sie den der Parteivereinbarung nicht unterliegenden Grundsatz der absoluten Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger aus⁵⁾, sie enthält somit einen Verstoß gegen zwingendes Recht, sie verstößt gegen den Schutzcharakter der §§ 104 ff. BGB⁶⁾.

Diese Argumente, die lediglich die Klausel als Gegenstand eines Individualvertrages betreffen, sind im folgenden näher zu untersuchen.

1) BGH WM 1965 Teil IV S. 895 ff. (897)

2) BGH WM 1966 Teil IV S. 973

3) Schwedes a.a.O. S. 63

4) Egger a.a.O. S. 715

5) Haupt a.a.O. S. 72

6) Egger a.a.O. S. 715

I. Verstößt die Klausel gegen die guten Sitten, § 138 BGB?

Den Vorwurf, daß die Klausel gegen die guten Sitten verstoße und damit nach § 138 BGB nichtig sei, hat schon Haupt¹⁾ zutreffend entkräftigt. Es ist bereits genügend dargelegt, daß die gesetzliche Regelung den heutigen Bedürfnissen der modernen Welt nicht mehr gerecht wird. Das gilt umso mehr, als der Wirkungsbereich der §§ 104 ff. BGB wegen des Fortschritts in der medizinischen Erkenntnis sich erheblich vergrößert hat. Wenn die Unangemessenheit, ja Ungerechtigkeit der gesetzlichen Regelung heute fast einmütig anerkannt wird, dann kann den Kreditinstituten nicht vorge-
worfen werden, ihre Handlungsweise verstoße gegen die Grundsätze der Sittlichkeit oder gegen Treu und Glauben, wenn sie versuchen, die Situation zu ihren Gunsten zu ändern, indem sie die Klausel in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen, zumal die Klausel nicht erheblich von dem abweicht, was nach den oben besprochenen Auslegungs- und Änderungsvorschlägen rechtens sein soll.

II. Ist die Klausel zu unbestimmt und das Risiko unübersehbar?

Tiefer geht schon der Vorwurf, die Klausel sei zu unbestimmt und unübersehbar. Es ist richtig, daß es für den voll geschäftsfähigen Kunden unübersehbar ist, ob er überhaupt einmal einen Mangel in der Geschäftsfähigkeit erleiden wird, und wenn, welche Geschäfte er dann abschließen wird. All diese Momente stehen außerhalb seines Willens, sind nur bedingt durch eine Tätigkeit, die nicht

1) Haupt a. a. O. S. 68 ff. So auch Staud-Coing § 105 Anm. 7

von seinem Willen getragen ist. Bedeutet das aber schon einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz?

Meiner Ansicht nach kann der Argumentation von Breit¹⁾ nicht gefolgt werden, wenn er den in der Klausel geregelten Fall dem der Zufallshaftung gleichsetzt. Breit argumentiert, wie folgt: Genauso, wie sich jemand verpflichten könne, einem Dritten den Schaden zu ersetzen, den er später einmal durch Feuer oder Hagel oder durch Tiere erleiden sollte, also durch einen Zufall, für den er dem Beschädigten an sich nicht aufzukommen hätte, so könne er sich auch zum Ersatz des Schadens verpflichten, den er selbst vielleicht einmal im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit zufügt. Auch dieser Schaden sei rechtlich ein durch Zufall erlittener Schaden.

Die Haftung in dem von Breit genannten Beispiel bezieht sich im Unterschied zu dem Fall der Klausel auf ein bestimmtes Objekt, dessen Wert bestimmt ist. Damit ist aber auch die Haftungssumme von vornherein bestimmt. Offen bleibt nur das "ob" des Schadenseintritts. Beide Fälle können daher nicht gleichgesetzt werden, ganz abgesehen davon, ob die Schädigung durch einen Geschäftsunfähigen als Zufallsschädigung angesehen werden kann oder nicht.

Aber dennoch ist Breit, wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis Recht zu geben. Trotz der zugestandenermaßen bestehenden Unsicherheit ist die Verpflichtung in der Klausel doch wenigstens so ausreichend bestimmbar, daß sie als wirksam angesehen werden muß. Es ist heute unbestritten, daß der gesetzliche Vertreter eines beschränkt Geschäftsfähigen diesem die General Einwilligung zu einer Reihe der Art oder dem Zwecke, nicht aber

1) BA XI/140 (142) und auch Simon a. a. O. S. 295

dem Einzelinhalt und dem Vertragspartner nach bestimmten Geschäften erteilen kann¹⁾. Zu diesen der Art und den Zwecken nach bestimmten Geschäften wird man auch bankmäßige Geschäfte rechnen dürfen. Es dürfte daher zulässig sein, wenn der gesetzliche Vertreter dem Vertretenen die Einwilligung zum rechtsgeschäftlichen Verkehr mit einem Kreditinstitut erteilt, obwohl die demnächst abzuschließenden Geschäfte im einzelnen noch nicht feststehen und auch deren Umfang noch nicht bekannt ist.

Dann aber wird man auch die Klausel für genügend bestimmbar ansehen müssen. Einmal ist die Schadensersatzverpflichtung dadurch beschränkt, daß die Klausel sich nur auf solche Schäden bezieht, die im Rahmen der Geschäftsverbindung auftreten, zum anderen ist der Gläubiger des Anspruchs bestimmt. Aber auch was die Ungewißheit bezüglich der Höhe der Schadensersatzverpflichtung angeht, halte ich die Klausel für genügend bestimmbar. Dazu möchte ich auf einen ähnlichen Fall in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute hinweisen, nämlich auf die Pfandklausel.

Dort heißt es z. B. in § 19 Abs. I der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen: diese Sicherheiten "dienen, soweit gesetzlich zulässig, als Pfand für alle bestehenden und zukünftigen auch bedingten oder befristeten Ansprüche der Sparkasse gegen den Kunden und seine Firma, gleichviel aus welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die Sparkasse übergegangen sind". Die Zulässigkeit dieser Klausel ist heute anerkannt, obwohl mit ihrer Hilfe Sicherheiten für die Sparkasse für Ansprüche gegen ihren Kunden bestellt werden, die nicht einmal im Rahmen der Geschäfts-

1) vgl. Erman-Westermann § 107 Anm. 4; BGB-RGRK § 107 Anm. 3; Staudinger-Coing § 107 Anm. 3; Enn.-Nipp. Bd. II § 152 I 4

beziehung der Sparkasse mit ihrem Kunden entstanden sind. Für den Kunden ist es also völlig unsicher, für welche Ansprüche gegen ihn seine der Sparkasse gegebenen Sicherheiten einmal haften werden. Die Unbestimmtheit ist damit noch um einen Grad gegenüber der Klausel betreffend Mängel in der Geschäftsfähigkeit erweitert. Man wird daher auch die zu untersuchende Klausel für genügend bestimmbar halten müssen.

III. Verstößt die Klausel gegen zwingende Normen?

1. Verstoß gegen § 134 BGB?

Eine Vereinbarung mit dem Inhalt der Klausel könnte schließlich dennoch nichtig sein, wenn sie zwar nicht gegen die guten Sitten verstößt und auch nicht zu unbestimmt ist, wenn sie aber die Schranken der Vertragsfreiheit in der Weise überschreitet, daß sie zwingendes Recht verletzt¹⁾.

Als zwingendes Recht, als Schranke der Vertragsfreiheit, sind hier nur §§ 104 ff. BGB interessant, denn zweifellos enthalten diese Vorschriften eine zwingende Regelung²⁾. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften würde die Nichtigkeit der Vereinbarung mit dem Inhalt der Klausel bedeuten.

Darüber hinaus könnte sich die Nichtigkeit einer solchen Individualvertragsklausel aus § 134 BGB ergeben. Dann müßten aber die §§ 104 ff. BGB als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB angesehen werden.

1) vgl. allgemein zur Begrenzung der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie Fritz v. Hippel a.a.O. § 9 S. 110 ff.

2) Staud.-Coing Vorbem. 2 vor § 104; BGB-RGRK § 104 Anm. 1; Palandt Einf. v. § 104 Anm. 4

Nach Staudinger-Coing¹⁾ liegen gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 BGB nicht nur dann vor, wenn eine rechtsgeschäftliche Handlung ausdrücklich verboten oder unter Strafe gestellt ist. Vielmehr sei grundsätzlich in jeder Norm, die zwingend gelten will und keinen Raum für abweichende Gestaltung läßt, ein Verbotsgesetz zu sehen. Die herrschende Meinung²⁾ hat sich mit Recht dagegen gewandt, die Normen, welche die rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeiten begrenzen, als Verbotsnormen einzuordnen. Derartige Bestimmungen mißbilligen nicht den Inhalt des Rechtsgeschäfts als solchen, sondern beschränken die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht³⁾; die Rechtsordnung verbietet nicht die Rechtsgeschäfte, die Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten überschreiten, sondern läßt sie nur nicht gelten⁴⁾.

Zu den gesetzlichen Verboten des § 134 BGB gehören demnach auch nicht die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit⁵⁾.

Für eine Anwendung des § 134 BGB ist daher kein Raum mehr⁶⁾.

Es kommt daher allein darauf an, ob die Klausel wegen eines Verstoßes gegen die §§ 104 ff. BGB nichtig ist.

1) § 134 Anm. 2

2) Flume, AT., II. Bd. § 17, 2; Lehmann, AT § 29 III 1; Enn.-Nipp. AT § 190 I 1; Soergel-Hefermehl § 134 Anm. 1; BGHZ 20/126

3) Soergel-Hefermehl § 134 Anm. 1

4) Flume, AT II. Bd. § 17, 2

5) so ausdrücklich Soergel-Hefermehl § 134 Anm. 1

6) BGHZ 20/126

2. Verstößt die Klausel gegen Schutzgedanken der §§ 105, 107 BGB?

Eine Vereinbarung verstößt sicher dann gegen die §§ 104 ff. BGB, wenn durch sie ein wegen Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtiges bzw. zunächst schwebend unwirksames Geschäft für voll wirksam erklärt wird. Das ist z. B. der Fall bei folgender Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Oesterreichischen Creditanstalt-Wiener Bankverein¹⁾:

"Wir nehmen die Rechts- und Handlungsfähigkeit unserer Kontoinhaber insoweit als unbeschränkt an, als uns nicht das Gegenteil ausdrücklich bekanntgegeben worden ist."

Diese Klausel muß deshalb nichtig sein, weil sie eine Abänderung zwingenden Rechts enthält, die Vereinbarung einer solchen Rechtsfolge der privatautonomen Gestaltung aber nicht unterliegt.

Die zu untersuchende Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Kreditinstitute führt nun auf einem anderen rechtlichen Wege, nämlich dem einer Schadensersatzverpflichtung, zu dem gleichen, in manchen Fällen zumindest doch annähernd gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie die oben wiedergegebene Klausel der Oesterreichischen Creditanstalt. Das zeigen folgende Beispiele²⁾:

Hebt der geschäftsunfähige Kunde von seinem Guthaben 1000,- DM in bar ab oder verfügt er über sein Guthaben durch eine Überweisung an einen Dritten, so ist diese Verfügung nach § 105 BGB nichtig. Das Kreditinstitut ist daher verpflichtet, dem Kunden den vollen Betrag wieder gutzuschreiben. Aus dem Gesichtspunkt des Schadens-

1) mitgeteilt bei Haupt a. a. O. S. 64

2) nach Haupt a. a. O. S. 67 Fußnote 12

ersatzes nach der Klausel belastet das Kreditinstitut den Kunden jedoch ebenso, als ob die Verfügung wirksam gewesen wäre. Im praktischen Ergebnis steht der Kunde so da, als ob die im Zustand der Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkten Geschäftsfähigkeit eingegangenen Geschäfte wirksam gewesen wären.

Bei reinen Geldgeschäften ist damit der Schadensersatzanspruch mit dem Erfüllungsanspruch identisch. Geringe Abweichungen können sich allenfalls bei der Berechnung von Zinsen und Provisionen ergeben¹⁾.

Etwas anders ist die Rechtslage bei den Sicherungsgeschäften, wenn z. B. für einen wirksam eingeräumten Kredit nachträglich im Zustand der Geschäftsunfähigkeit etwa eine Grundschuld bestellt, eine Sache oder ein Recht verpfändet, eine Sache zur Sicherheit übereignet oder eine Forderung zur Sicherheit abgetreten werden. In diesen Fällen ist die dingliche Einigung nichtig. Daran ändert auch die Klausel nichts. Die wirksam vereinbarte Klausel gäbe lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch, der dahin ginge, daß dem Kreditinstitut die unwirksam bestellten Sicherheiten erneut eingeräumt werden und zwar mit dem ursprünglich gedachten Range¹⁾.

Die Klausel führt in den letzteren Fällen zwar nicht unmittelbar zu dem mit dem nichtigen Sicherungsgeschäft bezweckten Erfolg, mittelbar über den schuldrechtlichen Anspruch kann dieser gewünschte Erfolg jedoch noch erreicht werden, indem dieser Anspruch gegen den geschäftsunfähigen Kunden, vertreten durch den gesetzlichen Vertreter, geltend gemacht wird.

1) Haupt a. a. O. S. 67 Fußnote 12

An diesen Beispielen zeigt sich aber auch, daß die zu untersuchende Klausel die Rechtsgrundsätze der Geschäftsunfähigkeit und der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger bzw. die Grundsätze der beschränkten Geschäftsfähigkeit und ihre Rechtsfolgen zumindest äußerlich unberührt läßt. Die Klausel geht vielmehr von der gesetzlichen Rechtslage aus, ja sie setzt sie voraus, knüpft aber an diese Rechtslage die im Gesetz nicht vorgesehene Schadensersatzpflicht an.

Haupt¹⁾ hält das für ein Täuschungsmanöver. Die Einkleidung der Klausel in eine Schadensersatzverpflichtung könne nicht über den Zweck hinwegtäuschen, "den gesetzlichen Grundsatz von der schlechthinnigen Nichtigkeit der Geschäfte Geisteskranker durch Parteivereinbarung auszuschalten".

a. Der Grundgedanke des § 105 BGB

Ob die Verwendung der Klausel tatsächlich ein Täuschungsmanöver darstellt, entscheidet sich durch die Antwort auf die Frage nach Sinn und Zweck der §§ 104 ff. BGB. Es muß daher noch einmal zurückgeblendet werden auf die Entstehungsgeschichte des Rechts der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen.

Oben²⁾ ist dargelegt worden, daß den deutschen Partikularrechten und dem gemeinen Recht der Gedanke zugrunde liegt, daß dem Willen eines Kindes oder eines ihm als gleichstehend anzusehenden Geisteskranken keinerlei Bedeutung für das Rechtsleben zukommen könne. Dieser Rechtsgedanke wird als eine aus der Natur der Sache mit Not-

1) a. a. O. S. 72

2) S. 27 ff.

wendigkeit entspringende Regelung angesehen¹⁾. Auf dieser Rechtsauffassung beruht auch die Regelung des BGB, wie die Motive²⁾ zum I. Entwurf eines BGB erkennen lassen, in denen hervorgehoben wird, daß eine Person, die des Vernunftsgebrauchs beraubt ist, eine Vertragserklärung nicht abzugeben vermöge³⁾. Diese Regelung ist eine logische Konsequenz des streng, ohne Rücksicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes durchgeführten Grundsatzes der Privatautonomie. Wenn nämlich die Privatautonomie ihre Rechtfertigung nur darin hat, daß die Selbstbestimmung als Wert anerkannt ist, kann die Privatautonomie als Rechtsprinzip auch nur verwirklicht werden, wenn auch tatsächlich die Macht zur Selbstbestimmung besteht⁴⁾. Diese Folgerung muß dann notwendig auch aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts, dem Mittel privatautonomer Rechtsgestaltung, gezogen werden. Wenn nämlich der institutionelle Sinn des Rechtsgeschäfts darin besteht, daß der einzelne die Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung gestaltet, so ist die Fähigkeit zur Selbstbestimmung Voraussetzung der Rechtswirksamkeit rechtsgeschäftlichen Handelns⁵⁾. Aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts folgt demnach, daß nur derjenige geschäftsfähig ist und damit eine rechtsgeschäftliche Regelung treffen kann, der "in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln" (§ 2229 Abs. 4 BGB)⁵⁾.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß der Grundgedanke des § 105 BGB, nämlich die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger, sich aus dem Wesen der Privatautonomie und dem Sinn des Rechtsgeschäfts ergibt.

1) Rümelin a.a.O. mit weiteren Literaturhinweisen

2) Bd. I S. 129, 130

3) RG Warn.Rspr. 1915 Nr. 272

4) Flume, in "Einhundert Jahre deutsches Rechtsleben", 1960
Bd. I S. 135 ff. (143); Kolmar a.a.O. S. 12

5) Flume, AT S. 182

Dieser Grundgedanke, der der gesetzlichen Regelung zugrunde liegt, ergibt sich ferner aus der unterschiedlichen Regelung des Rechts der Geschäftsunfähigen (§ 105 BGB) und des Rechts der beschränkt Geschäftsfähigen (§§ 106 ff. 114 BGB)¹⁾. Wenn sich der Gesetzgeber nicht in erster Linie von dem oben dargestellten Grundgedanken sondern von der angeblichen Schutzbedürftigkeit des Geschäftsunfähigen hätte leiten lassen, wäre kein zwingender Grund ersichtlich, weshalb einerseits jede Willenserklärung des Geschäftsunfähigen nichtig ist - auch wenn sie ihm lediglich rechtliche Vorteile bringt wie z. B. im Fall der Schenkung -, daß aber andererseits alle Rechtsgeschäfte des beschränkt Geschäftsfähigen wirksam sind, durch die dieser lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, § 107 BGB. Es wäre dann naheliegender gewesen, die Geschäftsunfähigen wie die in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten zu behandeln, da den Geschäftsunfähigen dann genügend Schutz zuteil würde, ja diese Regelung wäre für sie gegenüber der jetzigen Regelung von Vorteil, da die von ihnen getätigten Geschäfte, die ihnen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, voll wirksam wären, und die von ihnen sonst getätigten Geschäfte zumindest im Wege der Genehmigung Wirksamkeit erlangen könnten.

Schließlich wird diese Ansicht noch durch § 165 BGB bestätigt. Danach sind die Willenserklärungen, die ein beschränkt Geschäftsfähiger als Vertreter eines Dritten abgibt, wirksam. Der Umkehrschluß aus dieser Regelung bestätigt das auch unmittelbar aus § 105 BGB zu findende Ergebnis, daß die Willenserklärungen eines geschäftsunfähigen Vertreters unwirksam sind. Gedanken des Schutzes des Geschäftsunfähigen machen diese Regelung nicht erforderlich, da immer nur der Vertretene aus diesen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet würde. Diese Regelung ergibt sich vielmehr allein aus dem Wesen der Privatautonomie und des Rechtsgeschäftes.

1) RG Warn.Rspr. 1915 Nr. 272

Andererseits kann nicht übersehen werden, daß die gesetzliche Regelung des § 105 BGB rein tatsächlich einen Schutz des Geschäftsunfähigen bewirkt, indem es dem Geschäftsunfähigen unmöglich gemacht wird, ihm nachteilige Rechtsgeschäfte abzuschließen. Diese Schutzwirkung ist aber wohl nur eine notwendige Folge, die als Nebenwirkung des oben geschilderten Grundgedankens anfällt. Meines Erachtens kann deshalb wohl von einer Schutzwirkung des § 105 BGB, nicht aber von einem Schutzzweck die Rede sein. Haupt¹⁾ spricht folglich auch von "der mehr als Schlagwort aufgenommenen als durchdachten Vorstellung von der angeblichen Schutzbedürftigkeit des Geschäftsunfähigen." Ähnlich hat sich auch das Reichsgericht²⁾ geäußert.

Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß es der Grundgedanke des § 105 BGB ist, ein rechtsgeschäftliches Handeln eines Geschäftsunfähigen überhaupt zu verhindern, eine Schutzwirkung ist nicht bezweckt, sondern nur eine notwendige Konsequenz dieses Gedankens. Anders ausgedrückt: § 105 BGB mißbilligt nicht so sehr den tatsächlichen oder wirtschaftlichen Erfolg einer pseudo-rechtsgeschäftlichen Handlung eines Geschäftsunfähigen als vielmehr den Weg, der zu diesem konkreten Erfolg führt.

An dieser Erkenntnis ist nun die Klausel als Gegenstand eines Individualvertrages, soweit sie den Geschäftsunfähigen betrifft, zu messen.

Die Verpflichtung zum Schadensersatz aus der Klausel beruht nicht auf einem wegen der Geschäftsunfähigkeit nichtigen Rechtsgeschäft. Sie hat ihre Grundlage vielmehr in der Vereinbarung, die selbstverständlich im Zustand voller Geschäftsfähigkeit getroffen sein muß.

1) a. a. O. S. 68.

2) RG Warn. Rspr. 1915 Nr. 272

Diese Individualvereinbarung mit dem Inhalt der Klausel verstößt nicht gegen die Grundgedanken, die sich aus dem Wesen der Privatautonomie und des Rechtsgeschäfts ergeben. Daß damit im Ergebnis oft das nichtige Geschäft aufrechterhalten wird, beruht dann auf einer wirksamen Willenserklärung, nicht aber auf einer Abänderung zwingender gesetzlicher Bestimmungen.

b. Der Grundgedanke des § 107 BGB

Es fragt sich aber, ob die oben entwickelte Ansicht zum Recht der Geschäftsunfähigen auch Gültigkeit im Recht der beschränkt Geschäftsfähigen beanspruchen kann.

Während sich die rechtsgeschäftliche Handlungsunfähigkeit der Geschäftsunfähigen aus dem Wesen der Privatautonomie und des Rechtsgeschäfts ergibt, sind die beschränkt Geschäftsfähigen bereits zur Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr zugelassen. Bei diesen Personen, die zu einer vernünftigen, rechtlich bedeutsamen Willensbildung in dem Maße fähig sind, daß die Rechtsordnung ihr unmöglich die Anerkennung schlechthin versagen kann, deren diesbezügliche Fähigkeiten wegen ihres jugendlichen Alters oder ihrer besonderen Veranlagung wegen aber doch nicht jenen Fähigkeiten eines zielbewußt Handelnden gleichzusetzen sind, liegt es in ihrem eigenen Interesse, wenn die Rechtsordnung auf ihre Willensäußerung den gewöhnlichen Erfolg nur innerhalb bestimmter Schranken eintreten läßt¹⁾. Dem darin zum Ausdruck kommenden Schutz- und

1) Staudinger-Coing § 106 Anm. 3

Erziehungsgedanken¹⁾ ist genügt, indem die gesetzliche Schranke des § 107 BGB verhindert, daß die beschränkt Geschäftsfähigen sich selbst benachteiligen. Dabei ist der wirtschaftliche Vor- oder Nachteil kein Kriterium. Es kommt allein auf die unmittelbaren Rechtswirkungen an, die das betreffende Rechtsgeschäft als solches hat²⁾.

Der Schutz des § 107 BGB geht auch nicht soweit, jeden rechtlichen Nachteil von beschränkt Geschäftsfähigen fernzuhalten. Zum einen gilt § 107 BGB nur im Rechtsgeschäftsverkehr und auch wohl für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen. Zum anderen schützt § 107 BGB nicht vor rechtlich nachteiligen Folgen, wenn der gesetzliche Vertreter in das Rechtsgeschäft des Geschäftsunfähigen gemäß § 108 BGB vorher einwilligt oder es nachträglich genehmigt. Der Erfolg, der verhindert werden soll, ist allein der, daß der beschränkt Geschäftsfähige sich rechtsgeschäftlich selbst einen rechtlichen Nachteil zufügt.

An das oben genannte Beispiel einer Barauszahlung oder einer Überweisung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen anknüpfend, kann nun nicht geleugnet werden, daß der in seiner Geschäftsfähigkeit Beschränkte mit Hilfe der Klausel im Ergebnis an dem unwirksamen Geschäft festgehalten wird. In jedem Fall wird das Konto mit dem ausgezahlten Betrage belastet. Das ist ein Argument dafür, einen Verstoß gegen den Schutzgedanken des § 107 BGB anzunehmen.

1) Erman-Westermann § 106 Anm. 1

2) Palandt § 107 Anm. 2; Soergel-Siebert-Seydel § 107 Anm. 2;
BGB-RGRK § 107 Anm. 4; Staud.-Coing § 107 Anm. 7

Andererseits ist zu beachten, daß dieser konkrete rechtliche Erfolg nur dann verhindert werden soll, wenn er auf Grund eigener rechtsgeschäftlicher Erklärungen des beschränkt Geschäftsfähigen im Zustand beschränkter Geschäftsfähigkeit eingetreten ist.

Schadenauslösend ist zwar jeweils die nach § 107 BGB unwirksame Willenserklärung des Kunden; denn ohne das unwirksame Rechtsgeschäft wäre ein Schaden des Kreditinstitutes nicht eingetreten und damit auch ein Schadensersatzanspruch nicht gegeben. Haftungsbe gründend ist aber nicht das unwirksame Rechtsgeschäft. Die Haftung beruht vielmehr auf der Individualvereinbarung, die natürlich im Zustand voller Geschäftsfähigkeit abgeschlossen sein muß, da anderenfalls das hier zu untersuchende Problem überhaupt nicht auftauchen kann.

Meines Erachtens verlangt es der Grundsatz des Verkehrsschutzes, der im Recht der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen keinerlei Berücksichtigung erfahren hat, daß der Schutz der beschränkt Geschäftsfähigen nicht noch weiter ausgedehnt wird, als gesetzlich bereits geregelt. Wenn Haftunggrundlage daher eine Vereinbarung ist, die im Zustand voller Geschäftsfähigkeit abgeschlossen worden ist, so ist es Sache des Kunden, ob er diese Vereinbarung akzeptiert oder nicht. Wenn er sie akzeptiert, bedarf er keines Schutzes mehr.

Eine andere Beurteilung könnte dann angebracht sein, wenn § 107 BGB nicht nur den Schutz des einzelnen bezweckte, sondern darin ein Interesse der Allgemeinheit zum Ausdruck käme. Es mag ein Allgemeininteresse bestehen, eine "soziale Ausbeutung"¹⁾ der beschränkt Geschäftsfähigen zu verhindern. Zum einen hat sich diese

1) Gerstberger a.a.O.

Gefahr aber bei Kreditinstituten noch nicht gezeigt, zum anderen bietet die Klausel auch keine Möglichkeit "sozialer Ausbeutung", da sie nur dann durchgreift, wenn die Kreditinstitute von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden unverschuldet keine Kenntnis erlangt haben.

Es muß damit festgestellt werden, daß gegen die Klausel als Individualvereinbarung keine Bedenken bestehen.

Viertes Kapitel

Die Klausel als Inhalt Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Wenn die Klausel somit wirksam zum Inhalt eines Individualvertrages gemacht werden kann, bleibt aber noch die Frage, ob sie auch im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen ihr Wirksamkeit entfalten kann. Dabei ergeben sich zwei Problemkreise. Die eine Frage ist mehr rechtstechnischer Art, nämlich die, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur Inhalt jedes Einzelvertrages werden, der im Rahmen der Geschäftsverbindung zwischen Kreditinstitut und Kunde abgeschlossen wird, oder ob der Klausel eine selbständige Bedeutung im Rahmen eines allgemeinen Bankvertrages bei Aufnahme der Geschäftsverbindung zukommt. Der zweite Problemkreis schließlich befaßt sich mit der Frage, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle standhält.

I. Werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Inhalt eines allgemeinen Bankvertrages (Rahmenvertrages) oder nur Inhalt jedes Einzelrechtsgeschäftes?

1. Die praktische Bedeutung dieser Frage im Hinblick auf die zu

untersuchende Klausel

Im Geschäftsverkehr mit Kreditinstituten ist es üblich, daß sich die Kreditinstitute zu Beginn der Geschäftsverbindung das umfangreiche Werk¹⁾ der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Kunden mit etwa folgender Erklärung unterschreiben lassen:

"Ich habe Ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen erhalten und erkenne sie als für mich verbindlich an."

Fraglich ist, ob damit bereits ein Geschäftsverbindungsvertrag, allgemeiner Bankvertrag oder Rahmenvertrag zwischen Kreditinstitut und Kunde abgeschlossen worden ist oder ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur Inhalt der gleichzeitig oder später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfte werden. Diese Problematik kann gerade im Hinblick auf die zu untersuchende Klausel von besonderer Bedeutung sein, wie an Hand einiger typischer Geschäfte mit Kreditinstituten gezeigt werden soll.

Diese Problematik stellt sich nur in den Fällen nicht, in denen der Kunde bereits bei der Aufnahme der Geschäftsverbindung mit dem Kreditinstitut an einem Mangel in der Geschäftsfähigkeit leidet.

Wird die Klausel nämlich Inhalt eines allgemeinen Bankvertrages, der bei Beginn der Geschäftsverbindung abgeschlossen wird, so kann die Klausel schon deshalb nicht effektiv werden, weil der gesamte Vertrag und damit auch die Klausel entweder wegen der Geschäftsunfähigkeit nichtig oder aber wegen der beschränkten Geschäftsfähigkeit nach § 107 BGB unwirksam ist.

Für den Fall, daß der Mangel in der Geschäftsfähigkeit bereits vom ersten Geschäft an vorhanden ist, gestaltet sich die Rechtslage auch

1) bei den Sparkassen zur Zeit allein 18 Seiten

nicht anders, wenn man die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute zwar nicht als Inhalt eines allgemeinen Bankvertrages, wohl aber als Teil jedes Einzelrechtsgeschäfts im Rahmen der Geschäftsbeziehung ansieht; denn mit dem Einzelrechtsgeschäft ist dann auch die Klausel als dessen Teil entweder nach § 105 oder § 107 BGB unwirksam.

Tritt der Mangel in der Geschäftsfähigkeit dagegen erst nach Aufnahme der Geschäftsbeziehung ein, so ist zu differenzieren.

Unterstellt man vorerst einmal - was unten näher untersucht wird -, daß die Klausel Inhalt des allgemeinen Bankvertrages wird, dann wird sie in allen Schadensfällen effektiv, die auf einem nachfolgenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit beruhen.

Läßt man die Klausel jedoch nur im Rahmen und als Teil der jeweils abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfte Geltung erlangen, so sind mehrere Fallgruppen zu unterscheiden.

Handelt es sich um Geschäfte, die zumindest wirtschaftlich und zeitlich als ein einheitlicher und abgeschlossener Vorgang anzusehen sind, so wird die Klausel nicht wirksam werden können. Erhält z. B. der Kunde unmittelbar mit Abschluß des Wertpapierverkaufs den vollen Gegenwert ausgezahlt, so kann diese Summe nicht als Schadensersatzforderung wieder beigetrieben werden, da sowohl der schuldrechtliche Kaufvertrag als auch die dingliche Einigung an dem Mangel in der Geschäftsfähigkeit leiden. Das gleiche gilt für alle einmaligen einheitlichen Geschäfte wie z. B. auch für die Auszahlung eines Darlehens unmittelbar nach Abschluß des Darlehensvertrages.

Etwas anderes kann dann gelten, wenn das schuldrechtliche Geschäft und das Erfüllungsgeschäft zeitlich auseinanderfallen und der Kunde erst nach Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages, aber noch vor dessen Erfüllung geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird. Zur Verdeutlichung diene hier der Fall, daß einem

Kunden ein Baudarlehen fest zugesagt wird, die Auszahlung aber nur in Raten je nach Fortschritt des Baues erfolgt. Wird der Kunde nach Abschluß des Vertrages, aber vor der Auszahlung der letzten Rate geschäftsunfähig, hat das Kreditinstitut einen Schadensersatzanspruch aus der Klausel, da sie Inhalt des schuldrechtlichen Vertrages geworden ist, der noch im Zustand voller Geschäftsfähigkeit abgeschlossen worden ist.

Diese Rechtslage findet sich bei allen Geschäften mit Kreditinstituten, denen eine gewisse Dauer eigen ist. Das gilt vor allem für den Girovertrag. Im Rahmen eines mit einem Kreditinstitut abgeschlossenen Girovertrages hat der einzelne Überweisungsauftrag des Kunden nicht die rechtliche Bedeutung einer auf Abschluß eines besonderen Geschäftsbesorgungsvertrages gerichteten Vertragsofferte, sondern stellt sich lediglich als eine "Weisung" im Sinne des § 665 BGB dar, zu deren Beachtung sich das Kreditinstitut bereits durch den Abschluß des Girovertrages grundsätzlich verpflichtet hat¹⁾. Das aber bedeutet, daß die Klausel - immer ihre inhaltliche Zulässigkeit unterstellt - Gegenstand des wirksam vereinbarten Girovertrages geworden ist. Insoweit bestehen daher keine Bedenken gegen einen Schadensersatzanspruch bei einer wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit unwirksamen Überweisung.

Das gleiche muß auch im Sparverkehr gelten, wenn der Sparvertrag wirksam zustande gekommen ist, einzelne Abbuchungen aber gemäß §§ 1o5, 1o7 BGB unwirksam sind²⁾.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Lösung der Problematik, ob die Klausel als Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Inhalt

1) BGHZ 1o/319 (322) mit weiteren Nachweisen

2) vgl. oben S. 49ff.

eines allgemeinen Bank-, Geschäftsverbindungs- oder Rahmenvertrages einerseits oder aber Inhalt der jeweiligen Einzelrechtsgeschäfte wird, im Hinblick auf das in dieser Arbeit interessierende Problem von entscheidender Bedeutung sein kann, weil der Wirkungsbereich der Klausel im Rahmen eines allgemeinen Bankvertrages erheblich weiter ist, als wenn die Klausel nur Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte wird.

Es bedarf also eines Eingehens auf den Charakter der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute.

2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

In der Literatur und der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ ist zu der Frage, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute Inhalt eines allgemeinen Bank-, Geschäftsverbindungs- oder Rahmenvertrages einerseits oder jeweils nur Gegenstand des Einzelrechtsgeschäftes werden, in vielfacher und gegensätzlicher Weise Stellung genommen worden. Anlaß zu dieser Diskussion gaben stempelsteuerrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts, die sich mit der Frage zu beschäftigen hatten, ob die Vereinbarung der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute oder auch nur ihre Übergabe bereits den stempelsteuerrechtlichen Tatbestand erfüllten. In anderen Fällen hatte das Reichsgericht unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu erforschen, ob die Einigung über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beispielsweise schon die Einigung über die Bestellung eines Pfandrechts, über die Stimmrechtsausübung oder einen Schiedsgerichtsvertrag enthält.

Die grundlegende Entscheidung ist die des I. Zivilsenates des Reichsgerichts im 58. Band²⁾. Danach bilden die übergebenen Allgemeinen

1) siehe die Entscheidungen des RG bei Raiser, AGB S. 140 Anm. 1 - 7

2) RGZ 58/152 ff. unter Berufung auf RGZ 13/77

Geschäftsbedingungen erst mit Abschluß jedes Einzelvertrages die *lex contractus* des Einzelgeschäftes. Auf keinen Fall werde durch die Annahme und Billigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein selbständiger Vertrag geschlossen. Vielmehr seien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen lediglich bestimmt und geeignet, Bestandteile der demnächst abzuschließenden Verträge zu werden.

Folgt man dieser Ansicht, kann die zu untersuchende Klausel in all den Fällen nicht effektiv werden, bei denen der Kunde zwar bei der Annahme und Billigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen voll geschäftsfähig war, bei denen er aber wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit im Zeitpunkt des Einzelvertragsabschlusses nicht rechtswirksam handeln konnte.

In einer späteren Entscheidung¹⁾ bleibt der VII. Zivilsenat zwar auch bei der Rechtsansicht des ersten Zivilsenates, daß die einzelnen Klauseln grundsätzlich nur Auslegungsfaktoren für künftige Verträge zwischen Kunden und Kreditinstitut darstellen, daß sie Bestandteil erst der zukünftigen Verträge werden. Das Reichsgericht läßt hier aber für Ausnahmefälle auch eine andere rechtliche Deutung zu²⁾. Ein künftige Geschäftsabschlüsse nur vorbereitender Charakter könne der Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann nicht innewohnen, wenn die Geschäftsbedingungen oder ein Teil davon zu der Annahme zwingen, daß Kreditinstitut und Kunde mit dem Zustandekommen eines künftigen, wenn auch stillschweigenden Abschlusses über sie nicht mehr gerechnet, vielmehr übereinstimmend angenommen haben, daß auch ohne das Hinzutreten irgendeiner neuen Willenseinigung die mit der Festsetzung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beabsichtigten Rechtsfolgen im gegebenen Fall von selbst eintreten sollten und eintreten würden. Insoweit habe dann jede Vereinbarung die Natur eines selbständigen Vertrages³⁾.

1) RGZ 84/1 ff. (3)

2) RGZ 84/1 ff. (4)

3) Diese Ausnahmestellung hat das RG hier für die Pfandklausel der AGB angenommen

Diese Ausnahmeregelung hat das Reichsgericht aber später in einer stempelsteuerrechtlichen Entscheidung wieder dahin eingeschränkt, daß einer solchen Vereinbarung die Natur eines selbständigen Vertrages nur dann zukomme, wenn der Kunde bei der Anerkennung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Absicht habe, mit dem Kreditinstitut die Klausel betreffende Geschäfte überhaupt abzuschließen¹⁾.

Auch diese erweiterte Rechtsprechung führt wohl dazu, die zu untersuchende Klausel nur als Inhalt von Einzelrechtsgeschäften, nicht aber als Gegenstand eines allgemeinen Bankvertrages wirksam werden zu lassen. Zwar geht der Wille der Kreditinstitute - und demgegenüber äußern die Kunden keinen gegenteiligen Willen - dahin, die Klausel bereits zum Gegenstand eines allgemeinen Bankvertrages werden zu lassen, denn auf diese Weise wird der Umfang der von der Klausel möglicherweise erfaßten Geschäfte größer; kaum wird ein Kunde aber damit rechnen, daß gerade er einen Mangel in der Geschäftsfähigkeit erleiden und daß gerade er wegen §§ 105 oder 107 BGB unwirksame Rechtsgeschäfte abschließen werde.

1) RGZ 135/91 ff. (93) hier hat das Reichsgericht folgender Klausel den verbindlichen Charakter versagt: "Die Bank kann bei ihr im Depot ruhende Wechsel, falls ihr keine andere Weisung erteilt ist, bei Verfall vorlegen lassen und zu diesem Zweck über Wechsel auf auswärtige Plätze rechtzeitig verfügen." Begründung: Es ließe sich nicht feststellen, ob der Kunde die Absicht gehabt habe, überhaupt Wechselgeschäfte zu machen. Dann ließe sich aber nicht feststellen, ob der Kunde damit schon eine rechtsgeschäftlich bindende Vollmacht habe erteilen wollen.

3. Die Ansichten des Schrifttums und eigene Stellungnahme

Der engeren Auffassung des Reichsgerichts folgt zum Teil die Literatur. So sieht Woite¹⁾ in den einzelnen Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur Richtlinien für die Abwicklung etwaiger künftiger Geschäftsabschlüsse, die erst durch die Einzelrechtsgeschäfte zum Inhalt dieser Verträge werden. Er bestreitet, daß neben vorbereiteten Klauseln für die später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfte auch solche Klauseln bestehen, die von Anfang an selbständige Vertragsnatur haben. In dieses System baut Woite z. B. die Pfandklausel so ein, daß es im Verhältnis Kreditinstitut - Kunde nur so gelten solle, als ob ein Pfandrecht bestellt worden sei. Gerade dieses Beispiel der Pfandklausel zeigt, daß diese Ansicht den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute nicht gerecht wird. Eine "Geltung" bedeutet nur relative Wirkung zwischen den Parteien. Damit kann sich ein Kreditinstitut aber nicht zufrieden geben. Es verlangt ein absolut wirkendes Pfandrecht, also ein Recht, das auch Dritten gegenüber wirkt²⁾. Im übrigen soll dieses Pfandrecht nicht einem bestimmten, später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäft, sondern allen während der Geschäftsverbindung abzuschließenden Einzelrechtsgeschäften insgesamt dienen; seine Wirksamkeit soll darum auch nicht an den Abschluß und die Gültigkeit eines bestimmten Einzelgeschäfts geknüpft sein³⁾. Es soll z. B. auch im Zusammenspiel mit der Klausel betreffend Mängel in der Geschäftsfähigkeit eine Schadensersatzforderung aus dieser Klausel sichern⁴⁾. Hinsichtlich

1) Haftung u. AGB der Banken, 1931, S. 24; ihm folgend Schwedes a. a. O. S. 12 und Jacob, Der Normenvertrag als allgemeine Rechtsform S. 54

2) Haupt a. a. O. S. 29

3) Raiser, AGB, S. 143

4) Haupt a. a. O. S. 67 Anm. 12

der Pfandklausel hat sogar schon das Reichsgericht¹⁾ der Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Natur eines selbständigen Vertrages zuerkannt¹⁾.

Die übrigen Autoren, die sich speziell mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute befassen, erkennen den Vertragscharakter der Einigung über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen an. Koch²⁾ sieht darin einen Geschäftsbesorgungsvertrag, verbunden mit einem Vorvertrag. In dem Vorvertrag seien die Regeln enthalten, die in Abhängigkeit von den erst später abzuschließenden Einzelverträgen ständen³⁾. Wrede⁴⁾ sieht in der Annahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Abschluß eines Bank- oder Bankiervertrages, d. h. einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat.

Diese Charakterisierungen werden dem Wesen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute aber nicht gerecht, weil sie jeweils nur einen Aspekt, wie z. B. die Geschäftsbesorgung aus der Fülle des gesamten Inhalts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen herausgreifen. Aber diese Wendungen lassen doch erkennen, daß nach dieser Auffassung die Einigung über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Vertrag darstellt. Das gleiche gilt für Klausning, der von einem "gemischten Rechtsgeschäft"⁵⁾ spricht, das aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag und aus einem Richtlinienvertrag zusammengesetzt sei. Bei diesem Begriffspaar fehlt aber immer noch eine Charakterisierung der Klauseln wie z. B. der Pfandklausel und der hier zu untersuchenden Klausel.

1) vgl. die zahlreichen Nachweise bei Haupt a. a. O. S. 30 Anm. 12

2) Die AGB der Banken S. 18 u. BA 32/224

3) mit Recht dazu kritisch Haupt S. 26

4) a. a. O. S. 5

5) Der Krediteröffnungsvertrag S. 88

Raiser und Haupt dagegen erfassen in ihrer Charakterisierung der Einigung über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute diese auch als ein einheitliches Rechtsverhältnis, für das Raiser die Bezeichnung "Bankvertrag"¹⁾ und Haupt die Bezeichnung "Geschäftsbedingungsvertrag"²⁾ empfehlen. Beide berücksichtigen dabei auch die Klauseln, die im System von Klausning keinen rechten Platz haben. So setzt sich der Bankvertrag nach Raiser aus einem Geschäftsverbindungsvertrag³⁾, einer Einigung über die für die Einzelverträge bestimmten Klauseln und aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag zusammen.

Für die Problematik dieser Arbeit bedeutungsvoll ist die Erkenntnis von Raiser und Haupt, daß dieser Bank- oder Rahmenvertrag - wie man ihn auch nennen mag - nicht nur Regeln für die gleichzeitig oder später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfte enthält, sondern auch eine darüber hinausgehende Regelung des Rechtsverhältnisses, das allgemein als "Geschäftsverbindung" bezeichnet wird. Dabei ist als Geschäftsverbindung das Schuldverhältnis anzusehen, das entweder erst allmählich durch fortdauernde geschäftliche Berührung von Kunde und Kreditinstitut entstanden ist oder aber von den Parteien von Anfang an bewußt geschaffen worden ist⁴⁾. Die Geschäftsverbindung ist also gleichsam der rechtliche Rahmen, durch den die Einzelrechtsgeschäfte miteinander verbunden werden und daher auch mehr als die Summe der Einzelrechtsgeschäfte. Zu den Regeln, die die Geschäftsverbindung als solche betreffen, gehören z. B. die über

1) AGB S. 146

2) a. a. O. S. 44

3) AGB S. 138

4) vgl. Raiser, AGB S. 135 ff. mit weiteren Literaturangaben

den Haftungsausschluß bei Auskünften, über das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Kreditinstituts¹⁾. Am Beispiel der Pfandklausel ist oben²⁾ bereits gezeigt worden, daß ein Pfandrecht nicht nur für Forderungen aus bestimmten Einzelgeschäften bestellt sein soll sondern für sämtliche Forderungen aus der Geschäftsverbindung, gleich welcher Art, seien es auch Forderungen aus unwirksamen Rechtsgeschäften wie Bereicherungsansprüche oder Schadensersatzansprüche aus der hier zu untersuchenden Klausel.

In diesem Zusammenhang des Geschäftsverbindungsvertrages wird man auch die Klausel betreffend Mängel in der Geschäftsfähigkeit zu stellen haben. Zwar ist es entgegen der Ansicht von Haupt³⁾ denkbar, daß die Klausel in einer beschränkten Art von Fällen⁴⁾ auch dann effektiv werden kann, wenn sie lediglich zu den Regeln gezählt wird, die Einzelrechtsgeschäfte betreffen. Der Wirkungsbereich der Klausel wird aber nicht unerheblich erweitert, wenn man sie als einen Bestandteil des Geschäftsverbindungsvertrages ansieht. Wegen des von den Kreditinstituten erstrebten möglichst umfassenden Schutzes vor Schäden aus Geschäften mit Geschäftsunfähigen wird man diese Klausel deshalb auch zu den Regeln, die die Geschäftsverbindung betreffen, zu rechnen haben. Andererseits besteht die Möglichkeit, worauf Raiser⁵⁾ hingewiesen hat, daß eine Klausel sowohl die Geschäftsverbindung als auch die Einzelverträge betreffen kann. Diese Differenzierung ist dann von Bedeutung, wenn eine dauernde Geschäftsverbindung nicht gegeben ist. Das kann z. B. dann der Fall sein, wenn objektiv nur ein einziges Wertpapiergeschäft getätigt worden ist und auch subjektiv eine dauernde Geschäftsverbindung nicht beabsichtigt ist, so daß es an einer zu regelnden Geschäftsverbindung fehlt.

1) Raiser, AGB S. 142

2) S. 82/83

3) a. a. O. S. 29

4) vgl. oben S. 77 ff.

5) AGB S. 138

Dieser Fall kann wegen seiner geringen praktischen Bedeutung im folgenden außer Betracht bleiben, da der Normalfall der Geschäftsbeziehung zu einem Kreditinstitut der einer dauernden Geschäftsverbindung ist. Das zeigt die Praxis und deshalb auch die Ausgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute. Im übrigen sind alle Kreditinstitute im Zeichen des scharfen Wettbewerbs untereinander bemüht, einen einzelnen Geschäftsvorfall zum Beginn einer dauernden Geschäftsverbindung zu machen.

Diese Differenzierung zeigt aber noch einmal deutlich die Voraussetzungen des Geschäftsverbindungsvertrages, nämlich entweder objektiv das Bestehen einer dauernden Geschäftsverbindung oder aber subjektiv die Absicht, eine dauernde Geschäftsverbindung aufzunehmen. Aus der Tatsache, daß eine Geschäftsverbindung geregelt werden soll, ergibt sich ferner, daß dieser Geschäftsverbindungsvertrag und deshalb auch der gesamte Bank- oder Rahmenvertrag zwar auf die in seinem Rahmen abgeschlossenen Einzelverträge einwirkt, daß er aber seine selbständige Bedeutung hat, da seine Wirkungen über die Einzelrechtsgeschäfte hinausgehen. Wegen dieser, über das Einzelgeschäft hinausgehenden Wirkung wird man eine scharfe Trennung von Bankvertrag und Einzelrechtsgeschäft selbst dann vornehmen müssen, wenn dieser Bankvertrag und das Einzelrechtsgeschäft gleichzeitig abgeschlossen werden. Diese Betrachtungsweise vermeidet dann für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute die Zweifelsfragen, ob die Nichtigkeit einer Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 139 BGB die Nichtigkeit des Einzelrechtsgeschäfts zur Folge hat¹⁾.

Damit kann festgestellt werden, daß rechtstechnische Gründe nicht entgegenstehen, die die Wirksamkeit der Klausel vereiteln könnten. Eine andere Frage ist, ob die Klausel einer inhaltlichen Kontrolle standhält. Dazu bedarf es zunächst der Darstellung der Methode einer solchen inhaltlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

1) vgl. dazu Lukes, Festschrift f. Hueck, S. 459 ff. und Naendrup:
Die Teilnichtigkeit im Recht der AGB

II. Die Methode inhaltlicher Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Der Ansatzpunkt für eine Inhaltskontrolle

Rechtsprechung und Schrifttum¹⁾ sind seit langem bemüht, eine wirk-
same Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu erreichen. Da-
bei ist das konkrete Einzelrechtsgeschäft nicht nur der Anlaß, sondern
gewissermaßen auch das Medium für die Prüfung der Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen²⁾. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden
nur in ihrer Eigenschaft als Teil eines Einzelrechtsgeschäfts geprüft.

Auf die Unzulänglichkeiten, zu denen diese Praxis führt, hat vor allem
Lukes hingewiesen¹⁾. Diese Unzulänglichkeiten bestehen vor allem
darin, daß zum einen mit Hilfe von Rechtsnormen des BGB, wie z.B.
den §§ 138 und 242, versucht wird, den Wirkungsbereich genereller,
für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften bestimmter Allgemeiner Ge-
schäftsbedingungen einzuschränken, obwohl diese Normen für die Be-
urteilung konkreter Situationen im Einzelrechtsgeschäft bestimmt sind.
Zum anderen ist es bisher nicht gelungen, die zwar allgemein als
richtig und gesund angesehene Ausschaltung des § 139 BGB im Recht
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dogmatisch zu begründen³⁾.

Diese Schwierigkeiten vermeidet Lukes⁴⁾, indem er als Ansatzpunkt
für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht den Einzel-

1) vgl. zu folgender Zusammenstellung Lukes, Festschrift f. Hueck
S. 459 ff. (465 ff.)

2) Lukes, Festschrift f. Hueck S. 475

3) vgl. Naendrup a.a.O. S. 15 ff.

4) Festschrift f. Hueck S. 476 ff; kritisch dazu: Flume: Rechtsgeschäft
und Privatautonomie, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Fest-
schrift Deutscher Juristentag 1960 S. 135 ff. (168 Anm. 98) und
Raiser: Vertragsfunktion u. Vertragsfreiheit, ebenda S. 101 ff. (112)

vertrag, sondern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als solche wählt. Das ist ihm deshalb möglich, weil er bereits im Aufstellungsvorgang ein einseitiges Rechtsgeschäft sieht.

Ich meine, darauf verzichten zu können, auf diese Problematik im Rahmen dieser Untersuchung näher einzugehen. Zum einen stellt sich die Frage der Teilnichtigkeit (§ 139 BGB) nicht, weil der Bankvertrag selbständig neben den Einzelrechtsgeschäften steht. Zum anderen ist gerade wegen dieser Selbständigkeit eine vom Einzelrechtsgeschäft unabhängige Beurteilung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich.

2. Die Inhaltsbegrenzung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

a. §§ 138, 134 BGB

Als Schranke gegen eine ungerechtfertigte einseitige Interessenverfolgung auf Kosten der Einzelvertragspartner im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde früher hauptsächlich § 138 Abs. I BGB herangezogen¹⁾, indem man die Klauseln für sittenwidrig und damit nichtig erklärte, die durch die Ausnutzung wirtschaftlicher Macht Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte wurden. Es ist heute wohl anerkannt, daß diese Begrenzung für Allgemeine Geschäftsbedingungen zu eng ist, da trotz Nichtüberschreitung dieser Grenze eine ungerechtfertigte, einseitige Interessenverfolgung auf Kosten der Einzelvertragspartner in vielen Fällen möglich bleibt. So hat der Bundesgerichtshof²⁾ erklärt:

1) vgl. die Zusammenstellung von obergerichtlichen Entscheidungen bei Lukes, Festschrift f. Hueck S. 466 Anm. 24, insbesondere RGZ 143/24 (28) und BGHZ 22/90

2) BGHZ 33/216 ff. (218)

"Die Tatsache, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig aufgestellt sind, also nicht wie die Bedingungen eines Individualvertrages im einzelnen ausgehandelt werden und daher der bei zweiseitigen Vertragsverhandlungen in gewissem Umfang gegebenen Gewähr der Berücksichtigung der Interessen entbehren, spielt auch für den Bereich der Rechtswirksamkeit der einzelnen Klauseln eine entscheidende Rolle". Der Bundesgerichtshof stellt dabei also nicht mehr auf eine wirtschaftliche Vormachtstellung ab. Deutlicher wird der Bundesgerichtshof¹⁾ schon, wenn er sagt:

"Ohne Rücksicht darauf, ob der Vertragsteil, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgestellt hat, ein Monopol besitzt oder nicht, kann eine Haftungsausschluß- oder Begrenzungsklausel der Rechtswirksamkeit entbehren, wenn sie bei Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise der Billigkeit widerspricht".

Damit erweist sich § 138 BGB - das gleiche gilt auch für § 134 BGB - zwar als eine mögliche, aber auch als die weiteste Begrenzung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Daß diese Grenze im vorliegenden Fall noch nicht überschritten worden ist, ist bereits oben²⁾ dargestellt worden. Es bleibt zu untersuchen, ob andere und enger gezogene Grenzen überschritten werden.

b. § 242 BGB als Grenze Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Daneben wurde § 242 BGB herangezogen und damit die Berufung auf einzelne Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen, mit deren Aufstellung der Einzelvertragspartner billiger - und gerechterweise nicht zu rechnen brauchte³⁾. Dieser Weg ist jedoch

1) BGH NJW 63/99 ff. (100)

2) S. 61 ff.

3) vgl. die bei Lukes JuS 1961/301 (307) Anm. 44 ff. angeführten Entscheidungen

nicht gangbar. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wenden sich zunächst allgemein an den Kundenkreis des Aufstellers, ohne auf die Besonderheiten bei jedem einzelnen Vertragspartner Rücksicht zu nehmen. Der Charakter der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist gerade wegen ihrer Rationalisierungsfunktion auf eine generelle Regelung hin ausgerichtet. Das gilt vor allem auch für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute, die sich an einen weiten Kundenkreis mit der Regelung aller nur möglichen Geschäfte wenden. Dieser Situation wird § 242 BGB nicht gerecht, da er nur dem Schutz des Individualvertragspartners dient; denn § 242 BGB erlaubt nur die Beurteilung eines ganz bestimmten Einzelrechtsgeschäfts, weil er konkrete Rechtsbeziehungen zwischen dem treuwidrig Handelnden und dem zu Schützenden voraussetzt¹⁾.

c. Inhaltskontrolle im Wege der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen?

Ferner wurde und wird auch heute noch die Auslegung zur inhaltlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen herangezogen²⁾. Dabei werden die Klauseln im Zweifel gegen den Aufsteller ausgelegt. Dagegen ist an sich noch nichts einzuwenden; wenn aber unter dem Deckmantel der Auslegung aus Billigkeitsgründen ändernd in die Rechtsverhältnisse eingegriffen wird, erfolgt an Stelle der Inhaltsermittlung eine Inhaltskorrektur³⁾.

1) Lukes, Festschr. f. Hueck S. 467 unter Hinweis auf Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 10 ff; Larenz Bd. I § 8 IV, S. 96 ff. (7. Aufl.)

2) vgl. die Beispiele bei Raiser, AGB S. 251 ff. u. Lukes, Festschr. f. Hueck S. 471 Anm. 53

3) Lukes, Festschr. f. Hueck S. 471

d. Das Allgemeininteresse als Grenze der Vertragsfreiheit

Wegen der erwähnten Unzulänglichkeiten greift Raiser¹⁾ zur Inhaltsbegrenzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den Gedanken des Allgemeininteresses als Grenze der Vertragsfreiheit zurück. Kriterien für die durch das Allgemeininteresse bewirkte Grenze, für die Gemeinschaftswidrigkeit, sieht Raiser in den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken. Als Wertungsgrundlage benutzt er vor allem die dem dispositiven Recht zugrundeliegenden Rechtsgedanken.

Während Raiser in den dispositiven Rechtsnormen nur Wertungsgrundlagen sieht, erkennen Brandt²⁾ und Nipperdey³⁾ in diesen gesetzlichen Bestimmungen eine unmittelbare Grenze für den Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein Nachteil dieser Begrenzung besteht darin, daß sie nur dort aufgerichtet ist, wo auch tatsächlich dispositive Rechtssätze aufgestellt worden sind. Wo solche fehlen, besteht auch keine Möglichkeit der Kontrolle.

e. Die Aufstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse

An den Gedanken von Raiser, eine Begrenzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch zu erreichen, daß man Grenzen rechtsgeschäftlichen Handelns sichtbar macht, knüpft Lukes⁴⁾ an. Dabei

1) AGB S. 277 ff.

2) DRW 1940 S. 76 ff.

3) vgl. Nachweise bei Lukes. Festschr. f. Hueck S. 470 Anm. 49

4) Festschr. f. Hueck S. 479

geht er von der Privatautonomie, der dem einzelnen Rechtssubjekt durch die Rechtsordnung verliehenen Befugnis, seinen Lebensbereich durch Rechtsgeschäfte zu gestalten¹⁾, aus. Die Privatautonomie gibt aber nur die Befugnis, die eigene Rechtssphäre zu gestalten, nicht aber gestaltend in fremde Rechtssphären einzugreifen. Aber schon die Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist eine Vorweggestaltung des Inhalts späterer Einzelrechtsgeschäfte und damit eine Überschreitung der durch die Privatautonomie eingeräumten Befugnis, weil die so vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne weitere Inhaltsprüfung zum Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte oder bei den Kreditinstituten zum Inhalt des Bankvertrages werden²⁾. Diese Überschreitung wird aber solange als zulässig angesehen, als die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der typischen Interessenlage der Partner des Einzelrechtsgeschäfts entsprechen, oder negativ formuliert: Es liegt dann eine unzulässige Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse vor, "wenn mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ungerechtfertigt einseitige Interessen auf Kosten der Einzelvertragspartner verfolgt werden"³⁾. Die Maßstäbe für die Beurteilung, ob eine Überschreitung einseitig und ungerechtfertigt ist, gewinnt Lukes durch einen Vergleich mit dem gesetzlich geregelten Normalfall. Einseitig auf Kosten der Einzelvertragspartner erfolgt eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann, wenn durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen die typische gesetzliche Regelung die Stellung des Aufstellers der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu

1) statt vieler: Manigk, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen; F.v.Hippel a.a.O. S. 62; Lukes, Festschrift f. Hueck S. 480

2) Lukes, Festschrift f. Hueck S. 480

3) Lukes, Festschrift f. Hueck S. 481

seinem Vorteil beibehalten oder erweitert wird, während die Rechtsbefugnisse der Einzelvertragspartner vermindert werden¹⁾. Damit die Überschreitung unzulässig wird, muß aber noch hinzukommen, daß die Regelung auch ungerechtfertigt ist, d.h. durch sachliche Gründe nicht geboten ist²⁾. Durch sachliche Gründe geboten ist eine abweichende Beurteilung aber nur dann, wenn für die durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geregelten Geschäfte eine andere Interessenlage besteht, als sie der Gesetzgeber im typischen Fall angenommen hat³⁾.

Damit ist eine wirksame, objektive und generelle und deshalb der Natur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechende Grenze gefunden, die eine vom Einzelfall unabhängige Beurteilung zuläßt.

f. Der Rechtsgedanke des § 315 BGB

Wenn Larenz⁴⁾ über den Rechtsgedanken des § 315 zu demselben Ergebnis kommt, so ist das eine Bestätigung der Ansicht von Lukes. Denn in § 315 BGB hat die Begrenztheit der Privatautonomie einen konkreten Ausdruck gefunden. § 315 BGB stellt nämlich klar, daß auch der, der fremde Privatautonomiebefugnisse übertragen erhalten hat, diese nicht willkürlich, sondern nur begrenzt, nämlich in den Grenzen des billigen Ermessens, ausüben kann⁵⁾. Dieser Gedanke läßt sich entsprechend auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen anwenden. Zwar ist die Rechtslage bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen insofern anders, als dem Aufsteller die Privatautonomiebefugnis nicht durch ein vorher abgeschlossenes Rechtsgeschäft übertragen worden ist.

1) s. Anm. 3 S. 92

2) Lukes, Festschrift f. Hueck S. 482

3) s. Anm. 2

4) Allgemeiner Teil des Schuldrechts § 8 IV

5) vgl. dazu den Aufsatz von Lukes in NJW 63/1897 ff. (1899)

Aber der Aufsteller von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist auf Grund seiner wirtschaftlichen Stellung oder der Unerfahrenheit des Vertragspartners in der Lage, das Einverständnis des Vertragspartners mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen herbeizuführen, ihn, wie im Fall der Kreditinstitute, zur Anerkennung dieser Geschäftsbedingungen zu bewegen¹⁾.

Diese Schranke der Privatautonomie hat inzwischen auch der Bundesgerichtshof²⁾ als Ansatzpunkt für eine Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gewählt. Auch in der Literatur³⁾ hat diese Ansicht in Bezug auf die Begrenztheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen Zustimmung erfahren.

Die Klausel betreffend Mängel in der Geschäftsfähigkeit soll daher im folgenden an Hand der von Lukes und Larenz herausgearbeiteten Wertungsgrundlagen bewertet werden.

III. Die Beurteilung der Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute betreffend Mängel in der Geschäftsfähigkeit

1. Klarstellung des Inhalts der Klausel

Eine Beurteilung der Klausel nach den dargestellten Kriterien macht zunächst eine Klarstellung ihres Inhalts erforderlich. Der Wortlaut

1) Lukes NJW 63/1897 ff. (1900)

2) BGH in NJW 63/99 ff; sieh auch LG Tübingen NJW 64/1798

3) Flume, Rechtsgeschäft u. Privatautonomie a. a. O. S. 168 ff;
Lukes NJW 63/1897 ff.

der Klausel bezieht sich nur auf Mängel in der Geschäftsfähigkeit, nicht erwähnt werden die Fälle des § 105 Abs. II BGB, also Willenserklärungen, die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben werden. Das BGB sagt nicht, daß die in § 105 Abs. II BGB bezeichneten Zustände geschäftsunfähig bzw. beschränkt geschäftsfähig machen, es knüpft vielmehr nur an die wichtigste Wirkung der Geschäftsunfähigkeit, nämlich die Nichtigkeit an¹⁾. Wenn das BGB hier eine terminologische, im Ergebnis aber unwichtige Unterscheidung macht, so fragt es sich wegen der gleichen Folge der Nichtigkeit doch, ob die Klausel nicht auch diese Fälle decken soll, zumal die Bewußtlosigkeit und die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit neben den Mängeln in der Geschäftsfähigkeit unter dem Oberbegriff der Mängel in der freien Willensbestimmung zusammengefaßt werden können. Diese Frage läßt sich nur im Wege der Auslegung der Klausel entscheiden.

Wäre die Klausel Inhalt eines Individualvertrages, so beständen kaum Bedenken, sie dahin auszulegen, daß sie auch die Fälle des § 105 Abs. II BGB deckt, da es Sinn der Klausel ist, sich gegen alle Fälle der Nichtigkeit wegen eines Mangels in der freien Willensbestimmung abzusichern.

Bedenklich ist es aber, die Klausel als Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der gleichen Art und Weise auszulegen, und zwar deshalb, weil es sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht um ausgehandelte Bestimmungen handelt, sondern um einseitig gesetzte Bedingungen für eine unbestimmte Anzahl von Einzelverträgen. Da es bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich so ist, daß die Rechte des Aufstellenden einseitig erweitert, dagegen aber die Rechte der Einzelvertragspartner geschmälert werden, rechtfertigt sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Methode, die die

1) vgl. Staudinger-Coing § 105 Anm. 16; RGZ 74/110 ff.

Interessen der Einzelvertragspartner nicht noch mehr als geschehen beschränkt. Da es dem Aufsteller der Allgemeinen Geschäftsbedingungen obliegt, klare Bedingungen zu schaffen, hat der Satz "in dubio contra stipulatorem"¹⁾ seine Berechtigung. Die Anwendung dieses Satzes bedeutet aber noch nicht, daß die Auslegung als Werkzeug der inhaltlichen Kontrolle benutzt wird. Der Auslegung kommt auch hierbei nur ihre Klarstellungsfunktion zu.

Dann aber kann die Klausel im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dahin ausgelegt werden, daß die Fälle des § 105 Abs. II BGB nicht von der Klausel gedeckt werden, und die Nichtigkeit wegen Bewußtlosigkeit oder wegen vorübergehender Störung der Geistestätigkeit keine Ersatzverpflichtung i. S. der Klausel bewirkt²⁾.

2. Gegenüberstellung der Rechtslagen bei Anwendung des Gesetzes und bei Gebrauch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Auf dem von Lukes vorgeschlagenen Weg der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist der erste Schritt eine Gegenüberstellung der sich bei Anwendung und Nichtanwendung der Klausel ergebenden Rechtslage.

Wegen der gesetzlichen Regelung des Rechts der Mängel in der Geschäftsfähigkeit darf im einzelnen auf die Darstellung im zweiten

1) vgl. Mroch, Der Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, S. 18

2) Folgen die Kreditinstitute dieser Ansicht oder halten sie sie auch nur für möglich, so werden sie sich beeilen, die Klausel insofern zu erweitern, daß auch die Fälle des § 105 Abs. II BGB gedeckt werden. Leider ist das Schicksal jeder Entscheidung oder Besprechung, daß sie durch ihre Kritik nur noch weiter zur "Vervollkommnung" der AGB beitragen.

Kapitel¹⁾ verwiesen werden. An dieser Stelle soll nur eine kurze Zusammenfassung folgen.

a. Zusammenfassende Darstellung der Rechtslage nach dem BGB

aa. Mängel in der Sphäre des Kunden

Bei Mängeln in der Geschäftsfähigkeit ist zu unterscheiden, ob der Kunde selbst als Geschäftsherr an einem solchen Mangel leidet oder sein Vertreter.

Nach § 105 Abs. I BGB sind die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig. Ein Ausgleich der ausgetauschten Leistungen hat nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zu erfolgen. Jeder der am Austausch Beteiligten hat grundsätzlich gegen den anderen einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. Ein Ausgleich versagt aber in den Fällen, in denen die Bereicherung nachträglich fortgefallen ist, § 818 Abs. III BGB. Da die Saldotheorie²⁾ im Verhältnis vom Geschäftsfähigen zum Geschäftsunfähigen keine Anwendung findet, trägt der Geschäftsfähige hier also das Risiko des Unterganges der Bereicherung beim Geschäftsunfähigen und damit insoweit das alleinige Geschäftsrisiko. Geringfügige Milderungen dieses Risikos treten nur dadurch ein, daß in unbedeutenden Ausnahmefällen die Grundsätze der *lucida intervalla*³⁾ und der Teilgeschäftsunfähigkeit⁴⁾ Anwendung finden. In wenigen Fällen greift auch eine Haftung nach §§ 823 und 829 BGB Platz⁵⁾. Diese Ausnahmefälle

1) oben S. 20 ff.

2) s. o. S. 35

3) s. o. S. 32

4) s. o. S. 34

5) s. o. S. 40/46

haben aber praktisch eine so geringe Bedeutung, daß sie im Rahmen dieser Diskussion außer Betracht bleiben dürfen.

Es darf somit festgehalten werden, daß bei Geschäften mit Geschäftsunfähigen das Kreditinstitut den Schaden zu tragen hat, der durch völligen oder teilweisen Wegfall der Bereicherung beim Geschäftsunfähigen entsteht.

In ähnlicher Weise trägt das Kreditinstitut auch das Risiko bei Geschäften mit beschränkt Geschäftsfähigen. Ein Unterschied besteht nur insoweit, als Rechtsgeschäfte beschränkt Geschäftsfähiger nicht von vornherein nichtig sind. Einerseits kann der gesetzliche Vertreter einwilligen, andererseits kann er auch nachträglich genehmigen oder ablehnen. Schließlich sind ihre Rechtsgeschäfte bei lediglich rechtlchem Vorteil und in den Fällen der §§ 110, 112 und 113 BGB voll wirksam.

Eine andere Risikoverteilung erfolgt dann, wenn der Kunde zwar selbst geschäftsfähig, aber ein Vertreter für ihn aufgetreten ist, der entweder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder aber geschäftsunfähig war. Ist der Vertreter lediglich beschränkt geschäftsfähig, so wird der Kunde durch die Willenserklärung des Vertreters wirksam verpflichtet, § 165 BGB. Der Kunde trägt damit auch das Risiko des Geschäfts. Ist der Vertreter aber geschäftsunfähig, so ist das abgeschlossene Geschäft nichtig, wie sich aus §§ 166 i. V. m. 104, 105 BGB ergibt. Nach Ansicht des Reichsgerichts¹⁾ trägt das Kreditinstitut damit auch das Risiko der Nichtigkeit wegen der Geschäftsunfähigkeit eines Vertreters seines Kunden. Ein Ausgleich ist danach nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung möglich. Da hier aber keine schutzwürdigen Interessen des Vertreters entgegenstehen, der Kunde

1) S. O. S. 24 ff.

jedoch wegen der engen Beziehung zu seinem Vertreter weniger schutzwürdig ist als das Kreditinstitut, dürften m. E. einer Anwendung der Saldotheorie in diesen Fällen keine Bedenken entgegenstehen¹⁾.

Haupt²⁾ überbürdet auf eine andere Weise dem Kunden das Risiko der Geschäftsunfähigkeit seines Vertreters. Danach hat der Kunde aus Billigkeitsgründen das Risiko zu tragen, wenn sein Vertreter bei einem Mangel in der Geschäftsfähigkeit schadenbringende Geschäfte abschließt. Das entspreche dem Grundsatz, daß jeder für die Handlungen seiner Leute einzustehen habe.

bb. Mangel in der Sphäre der Kreditinstitute

Treten im Bereich der Kreditinstitute Mängel in der Geschäftsfähigkeit auf, so ist von praktischem Interesse nur der Fall, daß ein Vertreter oder ein Organ eines Institutes geschäftsunfähig bzw. beschränkt geschäftsfähig wird. Dann aber gelten die gleichen Grundsätze wie sie bereits oben zu den Fragen von Mängeln in der Geschäftsfähigkeit eines Vertreters des Kunden ausgeführt wurden³⁾.

b. Vergleich der typischen gesetzlichen Regelung und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Bei der für die Kreditinstitute ungünstigen gesetzlichen Regelung ist es verständlich, wenn diese über ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausweichen und dem Kunden den Schaden aufbürden wollen, der dadurch entsteht, daß das Kreditinstitut von einem eintretenden Mangel

1) s. o. S. 40

2) a. a. O. S. 75/76•

3) vgl. OLG Hamm in NJW 67/1041 ff.

in der Geschäftsfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters keine Kenntnis erlangt. Im folgenden soll deshalb untersucht werden, inwieweit die Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der typischen gesetzlichen Regelung abweicht. Aus Gründen des zwingenden Rechts war es den Urhebern der Klausel nicht möglich, insoweit in die gesetzliche Regelung einzugreifen, als eine Schadensersatzpflicht auch dann begründet werden sollte, wenn der Kunde bereits bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen geschäftsunfähig bzw. beschränkt geschäftsfähig war. Das ist von den Kreditinstituten erkannt worden. Sie haben daher auch nicht erst versucht, die Klausel so weitgehend zu fassen.

Die Klausel ändert den Grundsatz der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften Geschäftsunfähiger aber auch nicht für solche Rechtsgeschäfte ab, die zwar im Zustand der Geschäftsunfähigkeit abgeschlossen worden sind, bei denen der Mangel in der Geschäftsfähigkeit aber erst nach Eröffnung der Geschäftsverbindung eingetreten ist. Vielmehr setzt die Klausel die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte Geschäftsunfähiger voraus. Insoweit darf auf die Ausführungen im III. Kapitel unter III¹⁾ Bezug genommen werden, die auch hier gelten.

Die Klausel weicht zwar insofern von der typischen gesetzlichen Regelung ab, als sie an die Nichtigkeit die im Gesetz nicht vorgesehene Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruches knüpft.

Sie stimmt aber insoweit wieder mit der gesetzlichen Regelung und den daraus entwickelten Grundsätzen überein, als sie den Kunden mit dem Risiko des Mangels in der Geschäftsfähigkeit seiner Vertreter belastet. Der Klausel kommt insofern nur deklaratorische Bedeutung zu. Sie stellt eine rechtlich nicht ganz zweifelsfreie Lage klar.

1) s. o. S. 64

Insgesamt gesehen bedeutet die Klausel eine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung. Ob die Verknüpfung von Nichtigkeit und Schadensersatzpflicht, die bei einer Individualvereinbarung zulässig ist, auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen kann, bedarf noch einer eingehenderen Untersuchung. Dabei stellt sich zunächst die Frage nach der Einseitigkeit der Interessenregelung.

3. Einseitigkeit der Klausel?

Beim Durchlesen der Klausel fällt sofort auf, daß in ihr nur von Mängeln in der Geschäftsfähigkeit im Bereich des Kunden die Rede ist, während von derartigen Mängeln in der Sphäre der Kreditinstitute nichts gesagt wird. Das könnte dazu verleiten, schon aus diesem Grunde der Klausel eine Einseitigkeit der Regelung vorzuwerfen. Die Einseitigkeit kann jedoch schon mit der Begründung verneint werden, ein Kreditinstitut könne es sich allein schon aus Gründen der Werbung nicht erlauben, sich auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit in seinem Bereich zu berufen. Meiner Ansicht nach scheidet eine Einseitigkeit in dieser Beziehung schon deshalb aus, weil die Kreditinstitute schon nach der gesetzlichen Regelung und bei Anwendung der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze das Risiko der Geschäftsunfähigkeit ihrer Organe und Vertreter tragen. Es bedurfte daher keines besonderen Zusatzes in der Klausel, um den Kreditinstituten die Haftung für die Schäden aufzuerlegen, die durch Mängel in der Geschäftsfähigkeit der eigenen Vertreter oder Organe entstehen.

Im übrigen aber bleibt festzustellen, daß die Klausel die gesetzlich vorgegebene Rechtslage in ihr Gegenteil verkehrt. Das zeigt sich in aller Deutlichkeit, wenn wir die gesetzliche Regelung einmal in einem Satz zusammenfassen, wobei die oben¹⁾ genannten, unbedeuten-

1) s. o. S. 31 ff.

den Ausnahmeregelungen außer Betracht bleiben sollten, und ihr dann die Klausel gegenüberstellen.

Gesetzliche Regelung:

Das Kreditinstitut trägt den Schaden, der daraus entstehen sollte, daß es von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden unverschuldet keine Kenntnis erlangt.

Allgemeine Geschäftsbedingungen:

Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß das Kreditinstitut von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden unverschuldet keine Kenntnis erlangt.

Diese Gegenüberstellung macht deutlich, daß mit der Klausel kein Interessenausgleich erstrebt worden ist, daß die Kreditinstitute vielmehr das Risiko einseitig von sich auf ihre Kunden verlagert haben.

Diese dem Kunden ungünstige Regelung durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird auch anderweitig z. B. durch eine für den Kunden günstigere Kalkulation, sei es in Form höherer Habenzinsen oder niedrigerer Sollzinsen, nicht auszugleichen sein. Im übrigen wäre eine solche kalkulatorische Betrachtungsweise nicht möglich, denn beim Ausgleich von Interessensphären von Einzelvertragspartnern nach Gerechtigkeitsvorstellungen muß der Preis außer Betracht bleiben; nur die Ausgestaltung der Rechtsposition ist entscheidend¹⁾.

1) vgl. dazu Lúkes, Festschrift f. Hueck S. 462 mit weiteren Lit.-Angaben, insbesondere Raiser, AGB S. 289 ff; v. Brunn; Formularmäßige Vertragsbedingungen S. 43 ff, ders. Verh. 41 DTJ Bd. II/E S. 33; v. Godin, HGB-RGRK 2. Aufl. § 346 Anm. 17d

Die Feststellung der Einseitigkeit der Risikoverschiebung zuungunsten der Kunden besagt aber noch nicht, daß die Klausel schon deshalb unzulässig ist. Um die Klausel als unwirksam ansehen zu können, muß noch hinzukommen, daß sie auch sachlich nicht gerechtfertigt ist¹⁾.

4. Ist die einseitige Risikoverlagerung sachlich gerechtfertigt?

Gesetzliche Bestimmungen enthalten meist eine Regelung eines typischen Lebenssachverhaltes nach Gerechtigkeitsgesichtspunkten. Von dieser gesetzlichen Regelung kann daher in Einzelrechtsgeschäften nur im Rahmen der Grenzen der Privatautonomie, die vornehmlich in den §§ 138, 134, 242 BGB und den zwingenden Normen ihren Ausdruck finden, abgewichen werden. Für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine generelle Regelung treffen, sind aber engere Schranken aufzustellen. Wegen ihrer allgemeinen Geltung und des einseitigen Aufstellungsvorganges dürfen sie daher nur insoweit von der gesetzlichen Regelung abweichen, als die Gerechtigkeitsgehalte des Gesetzes nicht angetastet werden. Abweichungen sind daher nur insoweit erlaubt, als sie der Übersichtlichkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und seiner rationellen Abwicklung dienen²⁾, aber keine Verlagerung des Risikos zuungunsten des Kunden vornehmen.

Bei den Klauseln, die - wie hier - dem Kunden im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung das ganze Risiko aufbürden, ist besondere Vorsicht geboten, da sie häufig auf rein egoistische Motive schließen lassen. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfen in diesen

1) vgl. Lukes, Festschr..f. Hueck S. 481; Mroch a.a.O. S. 62

2) Mroch a.a.O. S. 62

Fällen nur dann in angemessenem Rahmen von der typischen gesetzlichen Normallage abweichen, wenn ihre Aufsteller auf Grund einer besonderen Sachlage einen triftigen Grund für die einseitige Risikoverlagerung zuungunsten ihrer Kunden haben¹⁾.

Mroch²⁾ hat die möglichen sachlichen, triftigen oder wichtigen Gründe näher präzisiert, die eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung rechtfertigen können.

Als wichtigen Grund sieht Mroch u. a. den Fall an, daß das von einer Geschäftsbedingung abgeänderte Gesetz die wirtschaftliche oder soziale Sachlage der Beteiligten gar nicht oder doch im Hinblick auf moderne Bedürfnisse ungenügend regelt³⁾.

a. Das Erfordernis einer allgemeinen Neuregelung der Risikoverteilung durch Gesetz

Oben⁴⁾ wurde bereits dargestellt, auf welchen Grundsätzen das Recht der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen beruht. Der Gesetzgeber war zu sehr von dem gemeinrechtlichen Dogma erfüllt, daß ein Rechtsakt, der einem krankhaften Willen entspringe, schlechthin nichtig sein müsse. Demgegenüber hatte das Prinzip des Vertrauensschutzes völlig in den Hintergrund zu treten. Nicht einmal in der Form des Ersatzes des Vertrauensschadens fanden Verkehrsschutzgedanken Einlaß in die gesetzliche Regelung, obwohl Ansatzpunkte und Beispiele ausländischer Rechtskreise dazu dem Gesetzgeber bekannt

1) Lukes, Festschr. f. Hueck S. 481 ff; Mroch a. a. O. S. 62

2) Mroch a. a. O. S. 62/63

3) Als Beispiel nennt Mroch den Stromlieferungsvertrag

4) s. o. S. 20ff.

waren. Die Gesetzgebung ist daher von vornherein heftiger Kritik von juristischer Seite ausgesetzt gewesen¹⁾, ja es ist kein Befürworter der gesetzlichen Regelung bekannt geworden, außer von medizinischer Seite. Die Unbilligkeit, die die Rechtslage nach dem BGB schon bei seinem Inkrafttreten am 1.1.1900 darstellte, ist durch die rapide Entwicklung auf allen Gebieten, wie Wissenschaft, Technik und Handel sie erfahren haben, noch vergrößert worden. Die Fortschritte in der Medizin haben bewirkt, daß Menschen schon dann für geschäftsunfähig erklärt werden, wenn einem noch so aufmerksamen Laien keinerlei Anzeichen einer Geisteskrankheit erkennbar sind.

Auch auf technischem Gebiet haben sich Wandlungen vollzogen, die den rechtsgeschäftlichen Verkehr weitgehend beeinflußt haben. Hier sei besonders die Technik der Nachrichtenübermittlung wie Telefonie und Telegraphie erwähnt. Auf rechtsgeschäftlichem Gebiet war es deshalb erforderlich, Willenserklärungen, die auf diesem Wege übermittelt wurden, wie Willenserklärungen unter Anwesenden zu behandeln. Diese Entwicklung führte aber dazu, daß bei Rechtsgeschäften, die auf diesem Wege zustandekamen, eine persönliche Kontaktmöglichkeit fast ausgeschlossen war. Es ging damit auch weitgehend die Möglichkeit verloren, einen persönlichen Eindruck von der Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners zu erlangen.

Dieser Mangel an persönlichen Kontakten wird heute noch dadurch verstärkt, daß in vielen Zweigen der Wirtschaft, so auch bei den Kreditinstituten, aus Gründen der Rationalisierung eine weitgehende Formstrenge durch Formulare hinzukommt, man denke dabei nur an Schecks, Wechsel, Überweisungsaufträge usw. Hier werden dem einzelnen Gestaltungsbefugnisse genommen, die vielleicht noch einen Schluß auf seine Geschäftsfähigkeit zuließen.

1) vgl. dazu die Literatur auf S.16 Anm. 5

Aber selbst dort, wo die tatsächlichen Umstände auch heute noch einen persönlichen Kontakt zulassen, wie z. B. am Schalter oder im Geschäft, verschwindet der einzelne oft in der Anonymität der Masse. Ein äußeres Zeichen dafür sind bei den Kreditinstituten die Kontonummern. Es besteht bei dem Massenverkehr vielfach nicht mehr die Möglichkeit, dem Geschäftspartner die Zeit zu widmen, die erforderlich wäre, um einen annähernd sicheren Eindruck von seiner Persönlichkeit zu erlangen.

Aus all diesen Gründen erscheint heute, mehr als sechzig Jahre nach Inkrafttreten des BGB, die gesetzliche Regelung noch unbilliger als sie es damals schon war. Heute besteht ein weitaus größeres Bedürfnis nach Vertrauens- und Verkehrsschutz. Die gesetzliche Regelung muß daher im Hinblick auf moderne Bedürfnisse als ungenügend bezeichnet werden.

Damit scheinen die Voraussetzungen erfüllt zu sein, die eine Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen als berechtigt erscheinen lassen. Es bleiben aber starke Bedenken, und zwar aus folgendem Grunde:

Die oben erwähnte und ungenügende Regelung wirkt sich nicht nur im Verhältnis Kreditinstitut / Kunde aus, sie bestimmt vielmehr ganz allgemein den Rechtsgeschäftsverkehr. Es ist dann aber fraglich, ob die Kreditinstitute als ein Teil der Gesamtwirtschaft einseitig die vom Gesetz vorgegebene Rechtslage zu ihren Gunsten abändern dürfen oder ob es vielmehr wegen der allgemeinen Bedeutung dieser Fragen dem Gesetzgeber überlassen bleiben muß, aus den Wandlungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr die notwendigen Konsequenzen zu ziehen und das BGB dahin abzuändern, daß auch im Verkehr mit Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen der Grundsatz der Vertrauens- und Verkehrsschutzes zum Durchbruch kommt.

Hier handelt es sich auch um eine Frage von sozialer Bedeutung. Den Interessen der gesunden Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr stehen die Interessen der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber. Hinzu kommt, daß auch die Allgemeinheit ein erhebliches Interesse an dem Schutz der nicht voll geschäftsfähigen Glieder der Gemeinschaft hat. Wenn der Gesetzgeber bis heute noch keine brauchbare Lösung dieses Interessenkonfliktes gefunden hat, so kann eine solche Lösung sicherlich auch nicht im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Institutionen erfolgen, deren Tätigkeit hauptsächlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichtet ist. Ohne die Integrität der Kreditinstitute in Zweifel ziehen zu wollen, liegt doch aus durchaus verständlichen Gründen die Vermutung nahe, daß geschäftliche und geschäftspolitische Überlegungen gegenüber allgemeinen Gerechtigkeitsgesichtspunkten den Vorrang haben.

Man wird auch nicht damit argumentieren können, daß das von der Allgemeinheit mit Recht erwartete ordnungsmäßige Funktionieren der Kreditinstitute ohne eine solche Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr gewährleistet sein würde. Ein solches Ausmaß dürfte das Risiko aus Geschäften mit unerkannt Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen nicht haben, als daß dadurch die Ordnung der Wirtschaft gestört würde.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die gesetzliche Regelung zwar unbefriedigend ist, daß aber wegen der generellen Bedeutung der angeschnittenen Fragen und wegen des Allgemeininteresses am Schutze Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger eine Neuregelung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muß. Das aber bedeutet, daß zwar im Einzelfall eine individuelle Ergänzung der gesetzlichen Regelung¹⁾ gestattet ist, daß aber eine generelle Regelung,

1) s. o. S. 58 ff.

wie sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt, dem Gesetzgeber überlassen bleiben muß. Wenn aber den Kreditinstituten nicht gestattet ist, aus Gründen der allgemeinen ungenügenden gesetzlichen Regelung vom Gesetz abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen aufzustellen, dann kann die Klausel nur dann noch sachlich gerechtfertigt sein, wenn die gesetzliche Regelung für den typischen Normalfall zwar bindend ist, die Interessenlage beim rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Kreditinstituten von der Interessenlage des Normalfalles aber in solch starkem Maße abweicht, daß eine andere angemessene Regelung geboten ist¹⁾.

b. Besteht bei Rechtsgeschäften mit Kreditinstituten eine vom gesetzlich geregelten Normalfall abweichende Interessenlage?

Der Gesetzgeber ist offensichtlich davon ausgegangen, daß die Interessenlage bei Rechtsgeschäften mit Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen unabhängig vom Gegenstand des Rechtsgeschäftes einer differenzierten Regelung nicht bedarf. Daß für Kreditinstitute keine Ausnahme gemacht wird, kommt darin zum Ausdruck, daß weder das BGB in den §§ 793 ff. noch das Wechselgesetz oder Scheckgesetz eine Durchbrechung des Grundsatzes der Nichtigkeit bei Mängeln in der Geschäftsfähigkeit zugunsten der Kreditinstitute zulassen, noch einen Vertrauensschutz zugunsten dieser Institute in der Gestalt von Schadenersatzansprüchen gewähren. Das BGB sowie das Wechsel- und Scheckgesetz verhelfen dem Vertrauensgrundsatz nur in wenigen Fällen zum Durchbruch²⁾, aber auch nicht aus Gründen des Schutzes der

1) Mroch a. a. O. S. 63; als Beispiel nennt Mroch den Gebrauchtwagenhandel. Während das BGB im Kaufrecht auf Neuwerte abstellt, sind für gebrauchte Waren wesentlich abweichende Bedingungen erforderlich (z. B. Ausschluß der Gewährleistungsansprüche)

2) s. o. S. 52 ff.

Kreditinstitute, sondern aus Gründen, die sich aus der Eigenart der Inhaberpapiere, des Wechsels und des Schecks als solchen ergeben.

Die ablehnende Stellungnahme des Gesetzgebers besagt aber noch nicht, daß im Rechtsgeschäftsverkehr der Kreditinstitute mit ihren Kunden nicht doch eine Sondersituation gegeben ist, die eine andere als die gesetzliche Regelung rechtfertigt.

Mit der allgemeinen Entwicklung hat auch der Geschäftsverkehr bei den Kreditinstituten eine starke Ausweitung erfahren. Zum Beweise dafür sei beispielhaft auf die Entwicklung der jährlichen Buchungsposten der Sparkasse der Stadt Münster¹⁾ verwiesen:

1914	1923	1928	1962	1963
133658	301375	845925	8283000	9350000

Diese Ausweitung hat eine Verlagerung von der individuellen Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen auf die Massenerledigung mit sich gebracht und damit zu einer Schematisierung der hauptsächlichsten Geschäfte mit Kreditinstituten geführt²⁾. Gleichwohl verlangt der Kunde, daß seine Geschäfte mit den Kreditinstituten sofort und zwar möglichst einfach und wirtschaftlich erledigt werden. Dem Erfordernis der Einfachheit kommt das Kreditinstitut z. B. im Giroverkehr dadurch entgegen, daß der Kunde an seinem Schreibtisch die Überweisungsformulare ausfüllt und sie seinem Kreditinstitut zuschickt. Dem Verlangen nach Wirtschaftlichkeit und Schnelligkeit genügen die Kreditinstitute durch die sofortige Ausführung der Aufträge. Das

1) s. die Festschrift: 100 Jahre Sparkasse der Stadt Münster i. Westf. und den Geschäftsbericht für das Jahr 1963 derselben Sparkasse

2) Kleiner, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Zürich 1963 S. 9

Verlangen nach Wirtschaftlichkeit und Schnelligkeit setzt aber wiederum eine starke Rationalisierung und Formalisierung voraus, die ihrerseits einen persönlichen Kontakt zwischen Kreditinstituten und Kunden weitgehend ausschließen.

Allein in der Vermögens- und Anlageberatung sowie im Kreditgeschäft bleibt noch der notwendige persönliche Kontakt erhalten, der erforderlich ist, die Persönlichkeit eines Kunden beurteilen zu können.

Jedoch gestatten diese Gegebenheiten bei den Kreditinstituten noch nicht, von einer Sondersituation zu sprechen. Bei den meisten wirtschaftlichen Unternehmen von vergleichbarer Größe ist die Situation nicht viel anders. Auch hier weicht der persönliche Kontakt dem schematisierten Geschäft, auch hier haben sich die Umsatzposten in einem Maße erhöht, daß aus Gründen der Geschäftsausweitung eine besondere Hervorhebung der Kreditinstitute nicht angebracht erscheint. Im übrigen wäre eine Differenzierung nach der Zahl der abgeschlossenen Geschäfte ein unbrauchbares Kriterium für die Frage der Zulässigkeit der Klausel. Eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen könnte nur dort gestattet sein, wo der besondere Charakter der abzuschließenden Rechtsgeschäfte eine solche Handhabung rechtfertigt. Solche besonderen Wesensmerkmale sind bei Geschäften mit Kreditinstituten aber nicht ersichtlich, so vor allem nicht in dem mit latenten Risiken behafteten Kredit- und Darlehnsgeschäft; denn gerade in diesem Geschäftszweig besteht auch heute noch ein sehr enger persönlicher Kontakt zum Kunden, so daß hier eine vom Gesetz abweichende Regelung am wenigsten dringlich erscheint.

Anders verhält es sich schon bei anderen bankmäßigen Geschäften, z.B. im Giroverkehr, wenn Kreditinstitut und Kunde nur über Formulare in Beziehung zueinander treten. Aber auch hier ist noch keine

Ausnahmesituation gegeben, denn einmal ist zu berücksichtigen, daß in diesen Fällen eine dauernde Geschäftsverbindung vorliegt, die zwar nicht bei jedem Einzelgeschäft einen Einblick in die Persönlichkeit des Kunden gestattet, wohl aber doch im Laufe der Zeit einen Gesamteindruck vermittelt. Zum anderen ist es im übrigen Wirtschaftsleben heute üblich, Bestellungen, also Willenserklärungen an Hand von Katalogen usw. schriftlich abzugeben, ohne daß jemals ein persönlicher Kontakt zwischen den Parteien möglich wäre.

Nach allem ergibt sich damit, daß für Kreditinstitute die Gefahr von Verlusten bei Geschäften mit unerkannt Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen nicht wesentlich größer ist als im übrigen rechtsgeschäftlichen Verkehr auch. Eine Sonderregelung für Kreditinstitute mit dem Inhalt der Klausel ist daher nicht gerechtfertigt. Die Anwendung der Klausel würde vielmehr zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Kreditinstitute vor fast allen übrigen Teilnehmern am rechtsgeschäftlichen Verkehr führen; denn der Großteil der Wirtschaft ist trotz der gleichen Belastung durch die ungenügende gesetzliche Regelung schon aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage, derart umfassende Allgemeine Geschäftsbedingungen wie die der Kreditinstitute ihren Geschäften zugrunde zu legen¹⁾. Wesentlicher ist aber die Ungleichheit, die bei Zulässigkeit der Klausel aus anderen Gründen resultieren würde. Die Klausel kann nämlich nur dann wirksam werden, wenn sie im Zustand der vollen Geschäftsfähigkeit vereinbart worden ist. Bei einem einmaligen Geschäft mit einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen kann die Klausel daher nicht eingreifen. Praktisch kann die Klausel nur im Rahmen einer längeren oder dauernden Geschäftsverbindung werden, wenn die Klausel zu Beginn der Geschäftsverbindung im Zustande voller

1) Haupt a. a. O. S. 11

Geschäftsfähigkeit vereinbart worden ist, der Mangel in der Geschäftsfähigkeit aber erst im Laufe der Geschäftsverbindung eintritt.

Solche im voraus auf Dauer angelegten Geschäftsverbindungen sind aber außerhalb der Geschäfte mit Kreditinstituten im Verhältnis zu der Vielzahl einmaliger oder sporadisch wiederkehrender Geschäfte äußerst selten, so daß den meisten Geschäften keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Inhalt der Klausel zugrundegelegt werden können. Die Tatsache allein, daß es sich um eine dauernde Geschäftsverbindung handelt, rechtfertigt keine andere rechtliche oder tatsächliche Beurteilung in bezug auf Geschäfte mit unerkannt Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen.

Die Klausel ist damit im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichtig¹⁾.

Fünftiges Kapitel

Können die Kreditinstitute der Nichtigkeit der Klausel dadurch ausweichen, daß sie die Klausel aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen herausnehmen, sie aber in Formularverträge einbauen?

-
- 1) Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, festzustellen, wie sich die Nichtigkeit der Klausel auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im ganzen und auf das Einzelrechtsgeschäft, in dem die AGB in Bezug genommen worden sind, auswirkt. Die h. M. in Rspr. und Lit. läßt ohne dogmatisch saubere Begründung das Einzelrechtsgeschäft mit dem nicht von der Nichtigkeit betroffenen Teil der AGB zustandekommen. Im Gegensatz dazu kommt Lukes (Festschr. f. Hueck, S. 484 ff.) zu dem von seinem Ausgangspunkt aus dogmatisch begründeten Ergebnis, daß das Einzelrechtsgeschäft zwar zustandekommt, aber ohne daß die AGB als Ganzes Inhalt dieses Einzelrechtsgeschäftes werden.

Während es den Kreditinstituten aus Rechtsgründen nicht möglich ist, das Risiko von Geschäften mit unerkannt Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen durch die Klausel im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ihre Kunden abzuwälzen, bestehen keine rechtlichen Bedenken, die Klausel durch Individualvereinbarungen zum Inhalt von Einzelrechtsgeschäften zu machen, wenn der Kunde zur Zeit des Abschlusses des Vertrages voll geschäftsfähig ist. Einer Individualvereinbarung mit dem Inhalt der Klausel wird es aber an der tatsächlichen Durchsetzungsmöglichkeit erman-
geln. Die meisten Kunden werden es mit Recht als eine Zumutung auffassen, solch eine Klausel ausdrücklich zum Inhalt von Verträgen mit Kreditinstituten zu machen. Es wird daher kein Kreditinstitut wagen, mit diesem Ansinnen an seine Kunden heranzutreten.

Hier bieten sich nun scheinbar die Formulare als ein Mittelweg zwischen Individualvertrag und Allgemeinen Geschäftsbedingungen an, um die Klausel dennoch wirksam werden zu lassen. Es wäre ein leichtes, die Klausel in Formulare aufzunehmen, die bei der Eröffnung einer Geschäftsverbindung verwandt werden, wie z.B. im Scheck-, Gehaltsscheck- und Kontokorrentverkehr. Die Aufnahme der Klausel in solche Formulare hätte gegenüber der Einzelvereinbarung den Vorteil, daß die Klausel an unauffälliger Stelle unter einer Vielzahl von anderen Bestimmungen gedruckt werden könnte, so daß sie der Kunde wegen der Vielzahl der Klauseln wie bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen kaum lesen, deshalb auch keinen Anstoß daran nehmen oder auch die Klausel einfach hinnehmen würde, weil sie vorgedruckt ist und daher auch von allen anderen Kunden akzeptiert worden ist und ein Verhandeln mit den Kreditinstituten von vornherein zwecklos erscheint.

Formulare haben den Vorteil, daß sie - zumindest nach einem Teil der Meinungen in der Literatur¹⁾ gegenüber den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als ein aliud oder doch als ein minus erscheinen, so daß auf sie nicht die strengen Grundsätze der Inhaltskontrolle für Allgemeine Geschäftsbedingungen Anwendung finden, für sie vielmehr nur die allgemeinen Schranken für Einzelrechtsgeschäfte in Betracht kommen. Insoweit wäre es ein interessantes Phänomen, daß die Entwicklung, die vom Formular zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geführt hat, wieder an den Ausgangspunkt zurückkehrt.

Diese Entwicklung hätte aber nur dann einen Sinn, wenn eine Abgrenzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularen überhaupt möglich und nötig ist. Das aber ist doch sehr zweifelhaft.

Raiser²⁾ unterscheidet Formulare und Allgemeine Geschäftsbedingungen von ihrer Funktion her. Wenn er den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Sicherungsfunktion zugesteht, so kommt den Formularen hauptsächlich eine Rationalisierungsaufgabe zu. Während die Formulare nur fertige Behältnisse für einmalige Individualgeschäfte sein wollten, also nur die Form, nicht aber den Inhalt des Einzelrechtsgeschäftes bestimmen wollten, seien demgegenüber die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf eine inhaltliche Bestimmung abgestellt. Raiser³⁾ gesteht aber selbst zu, daß diese Unterscheidung nur einen beschränkten Wert hat, wie sich deutlich am Beispiel der hier zu untersuchenden Klausel erweist, denn ihr kommt keine Rationalisierungs-

1) v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl. 1956, S. 20; v. Godin, HGB-RGRK § 346 Anm. 17; Raiser, AGB S. 24

2) AGB S. 24

3) AGB S. 24

sondern lediglich eine Sicherungsfunktion zu. Im übrigen wird durch ein Formular mit der Klausel nicht nur ein Verhältnis geschaffen, sondern der Inhalt eines Rechtsgeschäftes gestaltet. Die von Raiser gebrachten Kriterien sind daher nicht brauchbar.

Eine sachliche Unterscheidung läßt auch von Brunn¹⁾ vermissen, der von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dort sprechen will, "wo unabhängig vom einzelnen Geschäftsabschluß ein umfangreiches Normenwerk für alle etwaigen, später einmal erfolgenden Einzelgeschäfte festgelegt ist, wie es beispielsweise bei den Banken der Fall ist".

Von Godin²⁾ folgt in etwa der Unterscheidung von v. Brunn, fügt als weiteres Kriterium der Abgrenzung aber hinzu, daß Formulare gewöhnlich nur einseitige Erklärungen der Kundenseite enthielten, die vom Geschäftspartner nach Maßgabe seiner eigenen Wünsche vorformuliert und damit meistens auch vorgeschrieben seien, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen demgegenüber Rechte und Pflichten beider Vertragsparteien des späteren Einzelrechtsgeschäftes enthielten. Gegen diese Abgrenzung macht Lukes³⁾ mit Recht geltend, daß auch in diesen Fällen der Urheber des Formulars zum Ausdruck bringt, daß es sich um "seine" Regeln handelt. Es kann kein Unterschied sein, ob sie in jedem Fall von einem Geschäftspartner dem anderen "in den Mund gelegt werden" (so bei den Formularen) oder ob der andere sich nur auf die Regeln bezieht (so bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Es ist auch nicht richtig, daß Formulare nur Rechte und Pflichten des Kunden enthalten. Sie haben auch Rechte und Pflichten des Urhebers zum Inhalt, da Rechte der einen Seite meist mit Pflichten der anderen korrespondieren und umgekehrt⁴⁾.

1) Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl. 1956 S. 20

2) HGB-RGRK § 346 Anm. 17

3) Lukes, Festschr. f. Hueck S. 459 Anm. 2

4) Lukes, Festschr. f. Hueck S. 460 Anm. 2

Das zeigt auch die Klausel als Inhalt eines Formulars gedacht. Der Schadensersatzverpflichtung auf Seiten des Kunden entspricht der Anspruch des Kreditinstitutes.

Sieht man in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine einseitig festgelegte Vorformulierung von Regeln, die Inhalt später abzuschließen-der typischer Einzelrechtsgeschäfte einer bestimmten Art werden sollen, so sind auch Formulare hierzu zu rechnen, wenn sie sich unter die hier genannte Definition subsumieren lassen. Dieses Ergebnis erscheint auch gerechtfertigt, denn ein Unternehmer, der für massenweise auftretende Geschäftsabschlüsse Formulare verwendet, wird bestrebt sein, den Formularen den Inhalt zu geben, der seine Interessen wahrt; er wird eine Abweichung von den Formularen nicht zulassen, so daß Formulare ebenso wie Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Mittel werden, um die gesetzliche Regelung generell zu seinen Gunsten zu modifizieren¹⁾. Es ist dann aber sachlich nicht gerechtfertigt, zwischen Formularen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu differenzieren, vor allem ist es aber nicht gerechtfertigt, den Urheber von Formularen unter eine weniger einschränkende Verantwortung zu stellen als den Urheber von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Das aber bedeutet, daß die Klausel im Rahmen von Formularen denselben Schranken unterworfen ist wie im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dann aber ist die Klausel auch im Rahmen von Formularen nichtig.

Den Kreditinstituten bleibt damit nur die Möglichkeit, sich der gesetzlichen Regelung zu unterwerfen und erneut die Initiative zu ergreifen, den Gesetzgeber zu einer Neuregelung des Rechts der Mängel in der Geschäftsfähigkeit zu veranlassen, in der dem Grundsatz des Verkehrs- und Vertrauensschutzes auch in diesem Bereich die ihm zukommende Geltung verschafft wird. ,

1) Haupt a. a. O. S. 2

Lebenslauf

Am 24. Juni 1937 wurde ich als Sohn des jetzigen Sparkassendirektors Heinz Beule und seiner Ehefrau Anne, geb. Potts in Münster i. W. geboren. Seit dem 30. November 1965 bin ich mit der Volksschullehrerin Irmhild Beule, geb. Brenneisen verheiratet.

Meine Schulzeit schloß ich am 10. März 1958 mit der Reifeprüfung am Hittorf-Gymnasium in Recklinghausen, mathematisch-naturwissenschaftlicher Zweig, ab.

Darauf folgten drei Semester des Studiums der Rechts- und Staatswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster i. W.. Meine Studien setzte ich für je ein Semester in München und Freiburg i. Br. fort, um dann nach Münster zurückzukehren.

Am 13. Oktober 1962 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung und am 24. Februar 1967 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Während der Semesterferien und auch in der freien Station der Referendarausbildung bereitete ich mich auf die Lehrabschlußprüfung für Sparkassenlehrlinge vor, die ich am 12. April 1965 vor der Westfälischen Gemeindeverwaltungs- und Sparkassenschule in Münster bestand.

Seit April 1967 nehme ich an einem zusätzlichen, zweijährigen Ausbildungsprogramm des Westfälisch-Lippischen Sparkassen- und Giroverbandes in Münster teil.

Lengerich, im Dezember 1967

Heinz Gerd Beule

